

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS

Virginia Betelu Seminario

Trabajo Fin de Máster

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Ciencias Jurídicas

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO

I.	ABREVIATURAS	6
II.	INTRODUCCIÓN	7
III.	ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS	10
	1. Concepto de guarda y custodia compartida	10
	2. Terminología de guarda y custodia compartida	14
IV.	ANTECEDENTES	17
	1. La guarda y custodia compartida en el Derecho Español antes de la Ley 15/2005	17
V.	LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO DE 2005, por la que se modifican el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio	24
VI.	PRINCIPIOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	27
	1. Principio de interés superior del menor	27
	2. Principio de corresponsabilidad parental	32
	3. Principio de coparentabilidad	34
	4. Principio de igualdad entre los progenitores	35
VII.	FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA	38
	1. Forma	38
	A. Custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores	38
	B. Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar o el sistema denominado de "casa nido"	39
	C. Custodia compartida simultánea	41
	2. Reparto de los tiempos de convivencia	42
VIII.	ASPECTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL ..	48
	1. El nuevo artículo 92 del Código Civil. Consideraciones generales ..	48
	2. Solicitud de la guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo por ambos progenitores	49
	3. Solicitud de la guarda y custodia compartida por uno solo de los progenitores. Requisitos:	51

A.	Que se otorgue siempre con carácter excepcional, por no haber acuerdo previo entre los progenitores	52
B.	Solicitud a instancia de uno de los progenitores	52
C.	Informe “favorable” del Ministerio Fiscal, sin el cual el Juez no puede adoptar la medida	53
D.	Que la decisión judicial se fundamente en que sólo de esta forma se protege el interés del hijo	54
4.	Causas legales de inadmisión de la guarda y custodia compartida en el Código Civil	55
5.	La inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil	58
6.	El derecho del menor a ser oído	64
IX.	FACTORES QUE DETERMINAN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	67
X.	LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA	82
1.	La custodia compartida en la Ley catalana 25/2010	82
2.	La custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010	85
3.	La custodia compartida en la Ley valenciana 5/2011	89
4.	La custodia en la Ley Foral 3/2011	92
XI.	CUESTIONES RELATIVAS A LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS MATERIALES. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	95
XII.	CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. MODIFICACIÓN <i>A POSTERIORI</i> DE LA MEDIDA DE CUSTODIA COMPARTIDA	100
1.	Consideraciones generales	100
2.	Modificación de la medida de guarda y custodia compartida adoptada en convenio regulador	103
3.	Modificación de la medida de guarda y custodia compartida adoptada en convenio regulador	106
XIII.	ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	110
XIV.	CONCLUSIONES	114

XV.	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	120
XVI.	RECURSOS ELECTRÓNICOS	123
XVII.	DISPOSICIONES CITADAS	123
XVIII.	JURISPRUDENCIA CONSULTADA	124

I. ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CCCat	Código Civil Catalán
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
FD	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Núm.	Número
Nº	Número
Op. Cit.	Obra citada
Pág./Págs.	Página/Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

II. INTRODUCCIÓN

Cuando se rompe la normalidad familiar y sobreviene la crisis matrimonial, es muy importante tomar las debidas cautelas, y tener siempre presentes los legítimos intereses de los hijos, que siempre serán los perjudicados ante tales situaciones.

Entre los aspectos más relevantes de la vida de los cónyuges una vez producida la ruptura matrimonial, están sin duda aquellos que tienen que ver con las relaciones paternofiliales. En efecto, cuando hay hijos, la separación o el divorcio acarrearán como primer problema la necesidad de decidir sobre el cuidado de los hijos, y es que la elección de guarda y custodia que en adelante ejercerán los padres dada la nueva realidad familiar adquiere una importancia relevante. Pues éstos necesitan obligatoriamente de un padre y una madre que les de afecto y cariño de forma desinteresada y que constituyan un pilar fundamental para su desarrollo evolutivo.

Con arreglo al nuevo artículo 92, como regla general, los progenitores son quienes deben consensuar respecto del cuidado de los hijos, decidiendo entre una custodia unilateral o exclusiva, o bien, una custodia compartida. La elección debe realizarse superponiendo los intereses de los hijos, sobre los propios de los ex cónyuges.

Si no existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien deba decidir sobre el sistema de custodia atendiendo principalmente al mejor interés del niño, lo que será valorado conforme a las pruebas que obren en el proceso.

En este trabajo, realizaremos un estudio, a partir de la doctrina y de la jurisprudencia, del sistema de guarda y custodia compartida de los hijos.

La regulación de la guarda y custodia compartida fue introducida en el marco de nuestra legislación jurídico-civil en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Durante la discusión sobre la aprobación tanto del Anteproyecto como el Proyecto de Ley, en los que se contemplaba la custodia compartida como una posibilidad en lo que respecta a la custodia de los hijos, han existido posturas encontradas, quizás debido a ello, la Ley 15/2005 prevé una regulación expresa en el Derecho sustantivo un tanto insuficiente, que no ha contribuido a disipar las dudas de

los detractores de su implementación, aspecto que incide negativamente en el cambio de mentalidad que debe existir en los progenitores, y así mismo Jueces y Fiscales.

Cabe mencionar que esta reforma ha sido considerablemente criticada, debido a la regulación superficial que se hace de la figura regulada.

Desde luego, somos conscientes en que será imposible lograr un criterio unánime a favor de la custodia compartida, siempre existirán posturas en contra de la aplicación de la custodia compartida, amparados en diferentes argumentos y enfoques. Pero en el plano jurídico se debe uniformar su regulación al mismo nivel que la modalidad de custodia monoparental, considerado como premisa fundamental la satisfacción del *bonus filii*.

A lo largo de este trabajo intentaremos analizar el concepto de custodia compartida, así como las directrices generales a las que se suele vincular este régimen de guarda. Sin perjuicio de la vigencia igualmente válida de otros principios inspiradores de esta figura jurídica.

En lo que respecta a nuestro estudio, trataré de los aspectos generales del artículo 92, analizaré su contenido, como el Código Civil se refiere a la posibilidad de compartir el ejercicio de la guarda y custodia conjunta, a través de dos supuestos: 1) A solicitud de ambos cónyuges, cuando así lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o en cualquier otro momento del procedimiento judicial que haya instado; 2) Excepcionalmente, el Juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercida conjuntamente, con informe favorable del Ministerio Fiscal.

Y a colación de la necesidad del informe del Ministerio Fiscal, trataremos sobre la inconstitucionalidad del artículo 92.8 CC. De cómo se ve limitada la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE otorga de forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial.

Así mismo conoceremos los criterios legales y judiciales que se tienen en cuenta para su adopción.

También, abordaremos aquellos elementos básicos que tenemos que tener en cuenta para atender a una modificación *a posteriori* de la medida de custodia compartida.

Se incluye un estudio de la legislación autonómica que regula el ejercicio compartida de la guarda y custodia de los hijos.

Y daremos voz al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. Este Anteproyecto supone una avance sobre la Ley 15/2005 al eliminar la excepcionalidad con la que hasta ahora se ha regulado la custodia compartida.

Finalmente resumimos, en forma de conclusiones, los aspectos más relevantes y destacados del tema tratado, los cuales nos brindan un panorama sucinto de los aportes más significativos del estudio de la problemática plantada.

Una vez introducido el tema, no olvidemos que los cambios jurídicos para que tengan éxito y sean eficaces deben contemplar una adecuada apreciación de la realidad.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS

1. Concepto de guarda y custodia compartida

La modificación introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, ha introducido por primera vez la regulación legal de la figura de la guarda y custodia compartida.

La opción por la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tienen los mismos derechos y los mismos deberes ante sus hijos y en ese sentido se puede definir como la asunción compartida de autoridad y obligaciones y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes.

Según el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de octubre de 1983, concretamente en su considerando segundo, el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad.

Para LATHROP¹ la guarda y custodia desarrolla la función de carácter personal de la patria potestad² y su eje principal radica en el aspecto personal del cuidado de los hijos. La autora distingue una acepción restringida de la guarda y custodia consistiendo ésta en “el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia” y otro más amplio consistente en “el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo”.

¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008. Pág. 276.

² El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 1975 define la patria potestad cómo: “Conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”.

PINTO ANDRADE³ sostiene que, cuando los padres viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores de forma dual y compartida. Sin embargo, en situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad y comprenderá aquellas funciones de ésta que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo.

En este sentido, la guarda y custodia la podríamos definir como el hecho de tener físicamente la compañía del menor, cuidarle, atenderle; y es que, los progenitores tienen bajo su custodia a los menores cuando les tienen en su compañía.

Cuando en sentencia o convenio se otorga la custodia de un menor a uno de los progenitores, lo que se nos está diciendo es que el menor convivirá habitualmente con uno de los progenitores, y que se relacionará con el otro de una forma y en unos tiempos determinados. Pero el poder de decisión sobre las cuestiones que afecten a los menores, los derechos y deberes de los progenitores hacia los hijos no forman parte de la custodia sino que conforman la patria potestad, y ésta, generalmente, es de titularidad y ejercicio conjunto de los dos progenitores.

Debe recordarse también la conclusión a la que por una unanimidad se llegó en el último Congreso de Jueces y Abogados de Familia de octubre de 2008, de que la custodia sólo concede a quien la tiene el derecho a la convivencia con el menor pero no le atribuye ningún derecho más.

PEREZ SALAZAR-RESANO⁴, señala a este respecto: “quedémonos por tanto, como primera idea, con que guarda y custodia se identifica, en el derecho español, con el cuidado y atención diario, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, y que esa convivencia habitual se diferencia del resto de derechos y deberes que

³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, primera edición Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2009. Pág. 35-37.

⁴ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, “Patria potestad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*. Editorial Sepín, Madrid 2005, pág. 184.

componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia”.

En el articulado del Código Civil, con la nueva redacción dada a muchos preceptos por la reforma de 2005, no se establece cual es el contenido de la custodia compartida. En definitiva, pactamos la custodia compartida, pero no queda claro a que nos estamos refiriendo, parece pues que este sistema de guarda no puede referirse al sistema de guarda conjunta, ya que ambos progenitores no van a vivir bajo el mismo techo, y por tanto no van a convivir simultáneamente con los hijos comunes. Al hablar de custodia compartida se hace referencia a un sistema de guarda alternada, en el que el menor en unos momentos está con el padre y en otras esta con la madre, manteniendo ambos progenitores el resto de los derechos y deberes que el artículo 145 CC establece como contenido de la patria potestad.

La guarda y custodia compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales:

1. El derecho del hijo a salvaguardar su relación con sus dos progenitores;⁵ y
2. El derecho y deber de los padres a presentar asistencia a sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlo y educarlos, según se indica en el Código Civil.

También encuentra fundamento en las siguientes disposiciones: Artículos 39.4 CE, 3 LOPJM, 7.1, 9.3, 18 de la Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificadas por el Estado Español el 30 de noviembre de 1990.

Si bien el legislador no nos proporciona un concepto de custodia compartida, en la doctrina impera un concepto amplio. La idea que debe presidirla es la igualdad jurídica de ambos progenitores y de su responsabilidad parental, decidiendo de común acuerdo incluso el día a día de los menores, manteniendo de algún modo la ficción de

⁵ Entenderemos como guarda y custodia compartida que el cuidado de los menores se reparte entre ambos padres.

que, a pesar de la ruptura de los progenitores, la relación de los hijos con los padres, se mantiene prácticamente igual a salvo a falta de convivencia de aquéllos⁶.

SALVERG entiende la guarda y custodia compartida como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex-esposos pero aun socios parentales⁷.

LATHROP GÓMEZ⁸, la considera como un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

Según la SAP Málaga, Sec. 6.ª, 200/2013, de 27 de marzo⁹, la custodia compartida o alternada consiste esencialmente en que el hijo convive con cada progenitor por periodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre, dependiendo del periodo de que se trate.

Debemos entender el término “compartida” como la división del cuidado del menor en intervalos similares. Existe una idea equivocada de que la custodia compartida es sinónimo de igualdad de tiempos, y es que la custodia compartida no comporta una igualdad cuantitativa de los lapsos de convivencia sino que pone fin a la situación en virtud de la cual uno de los padres permanece involucrado en la vida el hijo y el otro totalmente ajeno¹⁰.

⁶ SAP Pontevedra, Sec. 1.ª, 480/2012, de 21 de septiembre (Ponente: D. Francisco Javier Menéndez Estebanez)

⁷ SALBERG en RODRIGUEZ: “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia” *Revista Futuros*, nº1, 2005, pág., 1.

⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág., 39.

⁹ Ponente: D. Alejandro Martin Delgado

¹⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág., 536.

En este extremo se manifiesta la audiencia provincial de Barcelona cuando acuerda una custodia compartida sin que los tiempos de convivencia con los menores sean matemáticamente iguales¹¹.

2. Terminología de guarda y custodia compartida

La redacción final del artículo 92 CC incluye tres términos utilizándolos indistintamente¹² para referirse a una misma institución: guarda conjunta (apartado 7), ejercicio compartido de la guarda y custodia (apartados 5) y guarda y custodia compartida (apartado 8). Estas expresiones han sido objeto de críticas por la doctrina, precisamente por no responder a la dinámica en qué consiste: esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”¹³.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA¹⁴, considera que el término de custodia compartida sólo cabe cuando el núcleo familiar está unido. Señala, que se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia,

¹¹ AP Barcelona, Sec. 12.ª, 86/2013, de 8 de febrero (Ponente: D. Joaquín Bayo Delgado): (...) los menores estarán con ella los lunes, martes y miércoles hasta la entrada de la escuela el jueves, y jueves y viernes hasta las 10:00 horas del sábado con el padre. Los fines de semana estarán alternativamente con cada progenitor, desde las 10:00 del sábado hasta el lunes a la entrada de la escuela. Cuando el fin de semana no corresponda al padre, éste llevará a los menores al domicilio materno el sábado a las 10:00.

¹² ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, primera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006. Pág., 62): considera que la confusión terminológica es reflejo de una confusión conceptual. Destaca que el pretendido efecto pedagógico exigía el uso de un lenguaje más cuidadoso y más apropiado con el principio que se pretende implantar, que es el de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales. Además, agrega, que el legislador hubiera sido más congruente con la debida homogenización de la institución en el ámbito europeo que utiliza el término de “responsabilidad parental” en lugar de “patria potestad”.

¹³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, primera edición Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2009. *Op. Cit.*, pág., 41.

¹⁴ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Revista Sepín Persona y Familia*, número 45, junio 2005, págs. 16 y ss.

pues cuando los progenitores están separados la ejerce uno u otro, pero no la comparten. Por lo que estima más exacto hablar de custodia alternativa.

LATHROP GÓMEZ¹⁵, considera que la denominación “alternada o sucesiva” pone el énfasis en la rotación de residencias y, en este sentido, podría entenderse que es la designación más adecuada para referirse a la figura jurídica que regula la Ley 15/2005. No obstante, en su opinión, también lo es la de “custodia compartida o conjunta” si por ellas entendemos no sólo el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, que alude a un principio mucho más amplio, sino también y, especialmente, a la participación en el cuidado propiamente dicho del hijo, independientemente de la alternancia de domicilios, pues, la custodia puede seguir compartiéndose aunque no exista una rotación estricta de residencias o la alternancia rigurosa de la convivencia. Así, agrega, el cuidado personal compartido de los hijos puede verificarse a través de diversos modelos de convivencia: a) mediante la designación de un progenitor principal con quien el hijo viva la mayor parte del tiempo; b) a través de una alternancia más o menos preestablecida del hijo en los domicilios de cada uno de sus partes, y c) más excepcionalmente, mediante la rotación parental en la vivienda asignada a los hijos.

De igual manera, GODOY MORENO¹⁶ opina que el término “guarda y custodia compartida” es absolutamente válido para definir todas aquellas situaciones en que la potestad-función de cuidado del hijo es referida respecto de ambos progenitores, pues el participio “compartida”, no añade más connotación al concepto de guarda que el de considerar que la titularidad de esta potestad es ostentada por más de un sujeto, en concreto por el padre y la madre.

Por su parte, GUILLARTE MARTÍN-CALERO¹⁷, sostiene que la guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna, dado que no hay una cotitularidad en la

¹⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág. 275 y ss.

¹⁶ GODOY MORENO, Amparo, “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en *Abogados de Familia*, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 20000, Editorial La Ley. Pág., 8.

¹⁷ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILLARTE GUTIÉRRES, Vicente y otros: *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio*, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España 2005. Pág., 135,155 y 179. En un artículo posterior llamado: “La Custodia Compartida

facultad de guarda sino una titularidad sucesiva o alterna. Siendo lo adecuado hablar de “guarda o custodia alterna o alternativa” en los casos en que las posiciones de guardador y titular del régimen de visitas, comunicación y estancias se alternan periódicamente, según lo dispuesto en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

A mi juicio, no debe hacerse una interpretación estricta del término “compartida”, pues aunque los progenitores no convivan simultáneamente con los hijos, sí están compartiendo el cuidado alternativamente. Es por esto que considero correcta la denominación de guarda y custodia compartida o guarda y custodia alternativa, mejor esta última para hacer notar la realidad en la alternancia que existe en el cuidado que los progenitores hacen de sus hijos en cada momento que los tienen consigo.

Alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, número 2, abril 2008, Barcelona. Pág., 13, esta autora, consciente del arraigo de la expresión custodia compartida considera “pertinente aludir en la denominación, a la alternancia definitoria de este sistema” y por ello termina inclinándose por la denominación “custodia compartida alternativa”.

IV. ANTECEDENTES

1. La guarda y custodia compartida en el Derecho Español antes da la Ley 15/2005

Desde la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, hasta la actual Ley 15/2005, la sociedad española ha evolucionado en el sentir de que la mujer se ha ido incorporando al mundo laboral de forma progresiva.

El gobierno de familia que tradicionalmente se veía sostenido por el reparto de tareas del hogar a la madre y las profesionales al padre se va fragmentando paulatinamente, y, en la actualidad, ambos progenitores se reparten las obligaciones personales y familiares de igual manera.

“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de su cargo¹⁸.” Por primera vez el legislador toma la iniciativa para atender a esta nueva situación, y modifica el artículo 68 del Código Civil en el sentido de proclamar el deber de responsabilidad domestica de ambos progenitores.

Tal iniciativa reconoce y garantiza los principios constitucionales de igualdad jurídica y no discriminación por razón de sexo, otorgando a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad con respecto al cuidado y atención de los hijos.

Tras la reforma del Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación al principio de no discriminación por razón de sexo, el artículo 159 no atribuye preferencia alguna en cuanto al ejercicio de la custodia de los hijos a favor de uno de los progenitores por razón de sexo, ni de la madre ni del padre, si bien, con anterioridad, la norma disponía *si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*.

Hasta este momento, las decisiones jurisprudenciales han operado en ocasiones para pronunciarse a favor de la materia y otras, en su contra. Ahora bien, todos los

¹⁸ Artículo 68 del Código Civil.

pronunciamientos jurídicos se asientan en el principio general *favor filii o minoris*, concretando en su necesidad de estabilidad¹⁹, un principio básico y fundamental consagrado en el artículo 39 de la CE, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en diversos Tratados y resoluciones Internacionales como la Convención de Los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989, la Resoluciones A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, entre otros.

NAVARRO FAJARDO, J.²⁰, añadía que un correcto desarrollo de los principios constitucionales de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE) y el principio a contraer matrimonio en igualdad jurídica consagrado en el art. 34 de la CE, conducían a la eliminación de toda desigualdad en el trato de los padres para la atribución de la guarda y custodia de los hijos una vez sobrevenida la ruptura. La no discriminación de los progenitores por razón de su sexo y el supremo interés de los hijos no eran contrapuestos sino complementarios.

Hasta la promulgación de la Ley 15/2005 la guarda y custodia compartida era, en la práctica, una medida a la que difícilmente podían aspirar aquellos progenitores que, sin acuerdo al respecto presentado al juez y aprobado por el mismo, pedían se resolviera sobre la misma. Los arts. 92 y 159 del CC nada decían con respecto a esta modalidad de custodia, lo que unido con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, y la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad, conducía a aceptar su viabilidad legal, aunque excepcionalmente.

En todo caso, la aplicación judicial de esta figura era muy escasa, era una medida que se adoptaba en contadas ocasiones pues, en condiciones de normalidad y a falta de convenio regulador, las decisiones judiciales habitualmente resolvían conceder la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores (normalmente la madre) y establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas mas o menor amplio a favor

¹⁹ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, op. Cit., pág., 50.

²⁰ NAVARRO FAJARDO, J., *El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*, BIMJ, año XXXIII, número 1189. Págs. 7-9.

del otro progenitor. Es decir, imperaba en la *praxis* judicial un sistema de custodia individual, frente a la custodia compartida.

Los jueces de Primera Instancia consideraban, en general, que la custodia competida presentaba mayores inconvenientes que ventajas. Por su parte las Audiencias, la admitían solo excepcionalmente²¹, a petición de ambos progenitores y siempre que su relación fuere relativamente aceptable, es decir, era imprescindible que no se apreciara conflictividad entre los progenitores²².

El papel de las Audiencias en esta materia ha sido significativo, y es que sus decisiones han operado de manera favorable, propulsando la reciente reforma.

No obstante, los pronunciamientos jurisprudenciales se encuentran fraccionados en dos grupos, aquellos que niegan la conveniencia del régimen de custodia compartida, y otro grupo que por el contrario la acoge.

Hasta ahora, las resoluciones judiciales que han acordado la guarda y custodia compartida son minoritarias frente a las que las han denegado, pero también hay que recordar que hasta el momento de la promulgación de la Ley 15/2005 no habían sido muchas las demandas en las que se ha solicitado.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª, de 10 de febrero de 1999, señala el carácter excepcional con el que se califica custodia compartida dentro del Derecho de Familia:

Los artículos 90 y 92 del Código Civil al regular la opción de custodia de los hijos en el supuesto de separación o divorcio de los padres, no prevén en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíben, pero la falta de esa previsión revela que en la

²¹ La SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución numero 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Lorca), la cual, en su fundamento jurídico 6º, adopta de oficio por el Juez la custodia compartida.

²² La SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9 de julio 2004 (Resolución numero 452/2004, ponente: D. José Ángel Chamorro Valdés), en su fundamento jurídico 3º, declara que la guarda y custodia compartida requería la existencia de armonio y una relación satisfactoria entre los progenitores”.

mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia compartida con carácter general, sin duda ante la problemática que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y, por lo tanto, de las relaciones entre los progenitores que estos se hubieran de poner de acuerdo hasta para las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual, y si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución, cuando se hace, lo es en base a una situación en que las circunstancias no solo lo permitan sino que así lo aconsejen.

También se denegaba la adopción alegando que el legislador era contrario a este sistema al no haberlo incluido en el texto legal, así, la SAP de Granada de 30 de mayo de 2000 revocó la sentencia del Juez que fijó un sistema de custodia compartida argumentando que el legislador no ha contemplado tal posibilidad.

Por otro lado, en relación a la vulneración del principio *favor filii*, la SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003 reconoce que “la solicitada custodia compartida no puede acogerse... porque quiebra el principio del *favor filii*, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia.”

También la existencia de armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores es alegada en la SAP de Madrid de 9 de julio de 2004 para considerar que la custodia compartida es la solución más idónea.

Para conceder la custodia compartida, se insistía en la edad de los hijos, en este extremo, la SAP de Lugo de 26 de mayo de 2005, denegó la solicitud del padre de una custodia compartida por considerar que no era lo más idóneo para los intereses de la hija, dada su edad, y la opinión de este que rechazaba tal posibilidad.

Por último, porque este régimen provoca inestabilidad emocional en los hijos, así la SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2002 exponía que el régimen alterno de custodia conlleva por lo general consecuencias negativas para los hijos, al tener estos que adaptarse a cambios derivados de la convivencia temporal con uno y con otro progenitor, lo que no facilita la educación, ni la formación de los menores, al privarles de una estabilidad que se torna necesaria.

Pero junto a esta visión negativa de la custodia compartida, comenzaron a aparecer pronunciamientos favorables. La aplicación de este régimen, aunque apartadamente, fue posible.

La jurisprudencia fue consciente de las tendencias que iban surgiendo en la sociedad española y los tribunales empiezan a argumentar a su favor. Se entiende que se trata de una cuestión de interés público, teniendo siempre presente el beneficio del menor²³. Fue pionera en decretar una custodia compartida de oficio la SAP de Valencia el 22 de abril de 1999²⁴. También puede considerarse precursora decretándola de este modo la SAP Valenciana de 2 de febrero de 2000²⁵.

²³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida, op. Cit.*, pág., 52.

²⁴ Fundamento Jurídico 6º: “El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.

Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores.”

²⁵ Fundamento Jurídico 5º: “Por contra, sean cuales fueren las personales relaciones entre los cónyuges, tanto el padre como la madre desean cuidar de su hija. Este derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distingos en función de la edad de los niños, o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden, y deben ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de sus hijos. Desde esta perspectiva, dos exigencias deben enmarcar la decisión que se adopte; de un lado, atender al interés de la niña, que es el más necesitado de protección, y de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer para ella un régimen de vida en el que las figuras materna y

En este sentido, cabe citar la SAP de Madrid de 22 de julio de 2004, cuando llevando a cabo un análisis de la situación actual de la familia, y valorando la voluntad que el menor manifestó en la exploración judicial, el Juez considera adecuado establecer un régimen de custodia compartida como forma de garantizar el mantenimiento de la relación del hijo con ambos progenitores.

Asimismo, en la SAP de Girona de 25 de febrero de 2001, el equipo de asesoramiento técnico en su informe psicosocial acaban valorando la custodia compartida como la mejor opción para los menores, siempre que estos manifiesten su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores: “acaba valorando la guarda y custodia compartida, que en su momento actual se acordó y que se ha venido aplicando, como positiva, y consideran que esta es la mejor opción para la hija menor, ya que reúne más aspectos positivos que negativos para el correcto desarrollo de la misma.”

En igual sentido, se pronuncia la AP de Valencia en la sentencia de 9 de marzo de 2000, cuando considera que “atendidas las concretas circunstancias del supuesto enjuiciados, en especial las manifestaciones vertidas por el propio hijo, así como el prevalente interés del menor reiteradamente proclamado por el legislador... procede acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida por ambos.”

Las resoluciones de las Audiencias tienen muy claro que el interés del menor debe prevalecer, y que la custodia compartida no puede suponer una modificación sustancial de las condiciones de vida de los menores. La doctrina se muestra en la misma línea, al considerar que “se ha de atender imperativamente al beneficio de los hijos y, de forma refleja, al cónyuge que seguirá conviviendo con ellos²⁶”.

paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada, y estimando que ambos progenitores tienen la capacidad para cuidarla adecuadamente, debemos atribuirles conjuntamente la custodia.”

26 LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Quinta Edición, Madrid, 2006. Pág. 145.

Parece que la custodia compartida constituye un régimen de guarda de menores distinto del modelo general. Si no fuera así, no hubiera sido preciso crearlo *ex novo* en el años 2005²⁷.

Se discutía si la Ley reconocía esta figura jurídica antes de su promulgación, ya que el legislador presenta el régimen de custodia compartida como una conquista de la reforma operada en 2005. Habría que suponer entonces que antes ni se podía acceder a este sistema, ni son intercambiables un modelo de custodia compartida con un régimen de visitas ordinario.

En conclusión, se reservaba la custodia compartida para casos en que concurrían circunstancias especiales que así lo aconsejaban, siendo viable solo a instancia de ambos padres y, excepcionalmente, los progenitores tuviesen la capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentarla.

Ahora toca estudiar la situación de la custodia compartida después de su introducción en el cuerpo legal del Código Civil.

²⁷ En el sobreentendido de que antes de esta fecha siempre podían los padres acordar el régimen de custodia compartida, y el juez supletoriamente adoptarlo con las restricciones ordinarias derivadas del interés superior del menor.

V. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO DE 2005, por la que se modifican el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

El día 8 de julio de 2005, veinticuatro años más tarde de la promulgación en España de la Ley del Divorcio, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta reforma²⁸ introduce, entre otras varias novedades, la posibilidad del divorcio directo, sin necesidad de el trámite previo de la separación; elimina la necesidad de probar la concurrencia de causa alguna, excepto la simple expresión de voluntad de las partes; y, sin duda, uno de los aspectos que mayor revuelo ha producido ha sido la introducción de la custodia compartida de los hijos e hijas en los casos de divorcio o separación de sus progenitores.

Ya en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio señala *que esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad con ellos continua a pesar de la separación y el divorcio y que la nueva situación les exige incluso mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad*, por tanto, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejerce solo por uno de ellos o bien por ambos de forma conjunta. Así se prevé en el nuevo art. 92 CC.

²⁸ Reforma propiciada, y así se explicaba en su Exposición de Motivos, desde la exhortación del principio de corresponsabilidad parental y mayor beneficio de los hijos.

Pero empujada sin duda por los cambios sociales que inciden en las nuevas relaciones familiares y por la presión mediática que ha generado una interpretación estática de la normativa vigente engrosando grupos descontentos con los resultados de los procedimientos judiciales.

Todo el texto está inspirado por el ánimo de fomentar el mutuo acuerdo, y reservar la intervención judicial para cuando haya sido imposible el pacto, o cuando el contenido de sus propuestas sea lesivo para los hijos o para uno de los cónyuges.

La Ley 15/2005 introduce de una manera expresa el concepto de guarda y custodia compartida. Lo hace en primer lugar en la exposición de motivos, explicando que *los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá solo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida*. En todo caso, dice la Ley que *determinará, en beneficio del menor cómo este se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*.

Nos interesa especialmente abordar el examen del art. 92²⁹ del CC y, en concreto, en dedicar a este tipo de guarda sus apartados 5 a 9. El texto reformado obedece a las siguientes líneas generales:

- Por primera vez se regula específicamente en el Código Civil la guarda y custodia compartida.
- La separación, la nulidad y el divorcio no dispensa a los padres de sus obligaciones para con sus hijos.
- La protección del interés superior del menor ha de ser siempre la finalidad perseguida para adoptar el régimen de custodia compartida.
- Son los padres los que, principalmente, deberán decidir si la guarda y custodia de los hijos se ejercitará solo por uno de ellos o bien por ambos, de forma compartida.
- El Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión en este sentido, y siempre procurando el mejor interés del menor.
- En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.
- Se exige expresamente el Informe favorable del Ministerio Fiscal como necesario para su adopción.

²⁹ Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

- El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por su derecho a ser oído.
- La medida de la custodia compartida exigirá siempre una valoración judicial del convenio regulador en los supuestos de mutuo acuerdo y de las peticiones y pruebas practicadas en los procesos contenciosos.
- No se ha previsto la posibilidad de acordar esta medida directamente por el juez, si no ha sido solicitada por una de las partes, siendo favorable el informe del Ministerio Fiscal.
- La violencia doméstica del otro cónyuge o de los hijos de ambos, queda prevista expresamente como causa de denegación de la custodia compartida.

Teniendo en cuenta la redacción definitiva, en algunos de los apartados del artículo surgirán dudas que se tendrán que ir resolviendo interpretándolo conjuntamente con la Exposición de Motivos, para conocer la voluntad del legislador, y la normativa existente, siempre en interés del menor.

Para concluir, consideramos muy adecuado que se haya regulado la custodia compartida, lo que contribuirá a su normalización, aunque sea lenta su implantación, y ello aunque tenga una situación generalizada.

VI. PRINCIPIOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. Principio de interés superior del menor

El interés superior del menor es uno de los principios rectores del Derecho de familia. Como señala el Tribunal Supremo, "la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores", por lo que los Jueces podrán adoptar de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, siempre en consideración a las circunstancias personales del menor en cada caso.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, consagró este principio en su artículo 3, al establecer:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus partes, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, proclamada en su artículo 2 que *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

En el estudio de la guarda y custodia del menor, se ha de tomar como punto de partida el interés superior del menor, una cuestión fundamental: El interés del menor vendrá delimitado por la norma aplicable. Desde el art. 1º de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores, pasando por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1.989, la Constitución Española en su art. 39.4, o en el mismo Código Civil (arts. 92-2, 172-4 y 103-1), todos los textos citados mencionan que los Tribunales deberán atender el interés superior del niño³⁰.

En este sentido se ha pronunciado la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011, en su fundamento jurídico 5º, resolvía que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el Art. 39.2 CE.

El interés del niño es un concepto³¹ jurídico indeterminado y abstracto que debe ser determinado en cada situación a la vista de las circunstancias y particularidades del caso concreto. Ello supone que el concepto, además, es provisional e inicial, pues será conformado y determinado por el mismo niño, los progenitores o, en todo caso, por el Juez y el Ministerio Fiscal, con las asistencias de técnicos especialistas, de acuerdo con todas las circunstancias que rodean un determinado proceso.

³⁰ SAP de Ávila, de 4 de diciembre (Ponente: D. Jesús García García), fundamento jurídico 3º.

³¹ *InDret*, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), numero 3, julio 2010, Barcelona, pág. 9, lo define como “una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres (piénsese que la solicitud de la custodia compartida era rechazada como contraria al interés del niño concretado en su necesidad de estabilidad y de seguridad)”.

En la guarda y custodia, el interés del niño supone la satisfacción de sus necesidades físicas, psicológicas y emocionales, considerado como el principal factor para preservar su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad. En ese sentido, el interés del niño constituye el límite y punto de preferencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia. Asimismo, dicho interés no siempre tiene que coincidir con lo que los progenitores consideren que es mejor forma de satisfacer y proteger el *favor filii*, apoyándose de todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones.

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de éste, y configurarse como una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de conflictos interconyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede.

El Juez atenderá en cada caso a las pruebas, los informes de parte, el resultado de la exploración de los menores, el informe psicosocial y siempre tomando como punto de referencia la protección del interés superior del menor, su estabilidad y desarrollo, pues son notas primordiales a la hora de optar por un sistema de custodia individual o compartido.

En relación con la guarda y custodia, es el Tribunal Supremo quien concretado en sus sentencias lo que se entiende por interés superior del menor a la hora de determinar o modificar el régimen de custodia. Nos recuerda que no es posible revisar la prueba en casación, salvo que no se hubiera observado correctamente el citado interés³²,

³² TS, Sala Primera, de lo Civil, 261/2012, de 27 de abril (Ponente: D^a Encarnación Rocas Trias). Esta Sala en el fundamento jurídico 3º ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".

El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado los informes que constan en los autos y ha

y señala que se fijará el sistema que resulte más adecuado, sin dar primacía a uno frente a otro³³. Reconoce la dificultad de nuestro ordenamiento para exponer los criterios

considerado que lo más adecuado para el menor era el mantenimiento del régimen acordado por sus progenitores en el procedimiento de separación. La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección.

En conclusión, la sentencia recurrida ha examinado las pruebas aportadas, cuya evaluación se ha producido dentro de los criterios establecidos para la valoración de la prueba en la LEC, y que, además, no se ha impugnado por el cauce establecido para ello, es decir el recurso extraordinario por infracción procesal.

³³ TS, Sala Primera, de lo Civil, 961/2011, de 10 de enero (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Rios), en su fundamento jurídico 4º establece que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y no puede afirmarse la primacía de la custodia compartida, debiendo primar aquel sistema que mejor se adapte al menor y a su interés, no al de sus progenitores.

“En el recurso interpuesto se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (STS de 11 de marzo de 2010 RC 54/2008 ; STS de 7 de julio de 2011, RC 1221/2010 ; STS de 21 de febrero de 2011, RC núm. 1886/2008 , entre otras)”.

utilizados a la hora de acordar o revocar la custodia compartida, pero insiste en que será preciso exponerlos para concretar así en qué consiste el interés del menor³⁴.

El interés del menor es el límite y el punto de referencia para la atribución de la guarda y custodia de los menores y de su propia eficacia, lo que en unos casos determinará establecer o modificar la custodia a favor de uno solo de los progenitores y en otros a considerar la compartida como el sistema más beneficioso para los menores.

³⁴ TS, Sala Primera, de lo Civil, 623/2009, de 8 de octubre (Ponente: D^a Encarnación Rica Trias) dice que es preciso exponer los criterios utilizados para acordar o revocar esta modalidad de custodia, pese a la dificultad que entraña en nuestro ordenamiento jurídico concretar en qué consiste el interés del menor.

“Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.”

Todos los criterios a los que hace referencia el Tribunal Supremo, entre otros, la cercanía de los domicilios, la conflictividad de las relaciones de los progenitores, la relación de estos con sus hijos antes y después de la crisis, etc., deberán siempre valorarse desde el punto de vista del interés superior del menor. Así, no puede entenderse que en todos los supuestos el cambio de domicilio vaya a ser perjudicial, ni que el conflicto entre los progenitores pueda dificultar la custodia compartida. Ahora bien, tampoco podemos plantearlo como un beneficio para los progenitores, pues no son sus intereses los que se contemplan en la determinación del régimen de custodia, sino que su finalidad es la protección de los intereses de sus hijos.

El Juez atenderá en cada caso a las pruebas, los informes de parte, el resultado de la exploración de los menores, el informe psicosocial y siempre tomando como punto de referencia la protección del interés superior del menor, su estabilidad y desarrollo, pues son notas primordiales a la hora de optar por un sistema de custodia individual o compartido.

2. Principio de corresponsabilidad parental

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos³⁵. Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo.

Tiene su reconocimiento en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un derecho humano de los niños y adolescentes, concretamente en su Art. 18, al establecer que: *1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...).*

³⁵ GARCIA GARNICA, María del Carmen, *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág., 399.

Así mismo el legislador español introdujo este principio en la Ley 11/1981 de 13 de mayo³⁶, lo que permitió el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores tras la ruptura matrimonial. Esta ley reconoció a la madre los mismo derechos paterno-filiales que en el pasado habían sido asignados al padre tras la crisis matrimonial, consolidando así el proceso de igualdad jurídica entre hombre y mujer originado con la Ley 14/1975 de 2 de mayo³⁷ y promoviendo el camino hacia la materialización de esa igualdad en al ámbito familiar.

En consonancia con lo anterior, la Ley 15/2005 persigue incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación y cuidado de los hijos comunes.

Además la ley pretende disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus progenitores, de este modo se fomentan las relaciones de familia en libertad, en el sentido de que otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro³⁸.

Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo³⁹, ha integrado la corresponsabilidad parental como uno de sus criterios inspiradores, así, dentro del Capítulo I de su Título II, referido a las “Políticas públicas para la igualdad”, enuncia en al Art. 14.8, como “criterios generales de la actuación de los Poderes Públicos”, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida

³⁶ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

³⁷ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derecho y deberes de los cónyuges

³⁸ PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de otorgar la Guarda y Custodia de los hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Igualdad efectiva entre mujeres y hombre, diagnostico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pág., 154.

³⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domesticas y en la atención a la familia.

Este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos, no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio de interés superior de niño. Por tanto, el planteamiento ha de partir del niño y no ya de los padres, lo que implica asegurar la supervivencia de la pareja parental. En esos sentido, el desarrollo integral del menor se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa.

Precisamente, una de las características fundamentales de la custodia compartida es el hecho de que ambos progenitores asumen sus responsabilidades para con sus hijos, de manera equitativa. Frente a la atribución en exclusiva de la guarda a uno de los progenitores, con un derecho de visitas, comunicaciones y estancias más o menos amplio a favor del no custodio, que impide realmente que este pueda tomar conciencia del quehacer diario para con los hijos, la custodia compartida tiende a otorgar esta labor cotidiana a ambos en distintos periodos de tiempo, asumiendo, no solo las funciones propias de la patria potestad desde la lejanía, sino también dando primacía al acercamiento por igual a ambos.

3. Principio de coparentabilidad

Tal como apunta TAMAYO HAYA⁴⁰, la coparentabilidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual estos deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.

Así, la coparentabilidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos, de esta manera, la coparentabilidad solo es posible cuando los progenitores se han

⁴⁰ TAMAYO HAYA, Silvia: "Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio", en PÉREZ VALLEJO, Ana María: *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009. Págs., 112-113.

adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de coprogenitores⁴¹.

En España, el derecho a la coparentabilidad está garantizado esencialmente por los artículos 90,94 y 160 CC. En sede de separación y divorcio, el párrafo primero del artículo 94 CC establece que *el progenitor que o tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*; y agrega que *el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*.

El artículo 90 CC determina el contenido regulador. Si letra a) establece que este instrumento debe referirse al *régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos*. Por su parte, el párrafo primero del artículo 160 CC establece que *los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*.

El párrafo segundo del artículo 160 CC establece que no pueden impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y sus abuelos y otros parientes y allegados; agregando su párrafo tercero que, en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o de dichos familiares resolverá, atendidas las circunstancias, debiendo asegurar, especialmente, que la adopción de medidas para favorecer las relaciones entre los abuelos y los nietos no facultan la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores. En este sentido, en España se ha reconocido legalmente la importancia de la continuación de los lazos afectivos entre abuelos y nietos no obstante la ruptura conyugal. Al respecto, se ha destacado el papel fundamental que los abuelos desempeñan en la

⁴¹ YÁROZ YABEN, Sagrario, “Coparentalidad y adaptación al Divorcio de los progenitores” ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: *¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentabilidad en beneficio del menor*, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2001 en la Universidad del País Vasco.

transmisión de valores hacia los menores y la colaboración que pueden efectuar durante las crisis matrimoniales como figuras ajenas al conflicto conyugal propiamente dicho⁴².

Conforme a este principio, el régimen de guarda y custodia compartida puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva⁴³. Con lo cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial.

4. Principio de igualdad entre los progenitores

La Ley 15/2005 hizo que se abriera el debate sobre el principio de igualdad de progenitores, al establecerse el régimen de custodia compartida.

Como indica LATHROP⁴⁴ “En suma, es posible advertir que diversos grupos sociales conformados, generalmente, únicamente por padres y madres, en su caso, tienen como bastión de lucha la consecución del principio de igualdad sobre la base de intereses diametralmente opuestos”. Los progenitores paternos invocan la igualdad y la paridad en la custodia de los hijos, mientras que las madres dicen que la custodia compartida puede generar situaciones abusivas dada la desigualdad real existente aún en la sociedad española⁴⁵.

Las referencias a la igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a los hijos se encuentran en varios textos internacionales:

- En la declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer en el artículo 6.2. c) se establece que *el padre y la madre tendrán iguales*

⁴² LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, op. Cit., pág., 396.

⁴³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, op. Cit., pág., 62.

⁴⁴ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, op. Cit., pág., 374.

⁴⁵ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia compartida de los hijos*, op. Cit. Pág. 373. La autora indica que dentro del feminismo existen varias posturas “las que defienden la custodia conjunta como sistema que permite balancear efectivamente el cumplimiento de los roles domésticos y de cuidado de los hijos y (...) las que la rechazan al atribuirle la desventaja de perpetuar la asignación de las funciones tradicionalmente asociadas a la mujer”.

derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial.

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 8 establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Las cuestiones sobre la guarda y custodia de los menores, entrarían dentro de ese respeto a la vida familiar, de manera particular, el Tribunal entiende comprendido dentro de este artículo el derecho del padre a poderse reunir con su hijo, según las medidas que implementen las autoridades nacionales, si bien estos no son ilimitados sino que hay que tener en cuenta los intereses y derechos de esas personas y los intereses superiores del menor.

En nuestra Constitución encontramos el principio de igualdad en artículos de la como el 9.2 donde se establece un mandato a los poderes públicos al declarar que les corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y en el artículo 14 donde encontramos el principio de igualdad ante la ley: *Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

Además, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre en su artículo 3 establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.*

VII. FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA

1. Forma

Antes de nada, es preciso señalar que las modalidades posibles de custodia compartida son ilimitadas, ya que las circunstancias de los interesados pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. Y es indispensable insistir en que la mejor fórmula de custodia compartida será, en principio, la que adopten los padres por mutuo acuerdo.

Factores como el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su horario escolar, etc. serán decisivos para optar por una u otra fórmula de custodia compartida.

E incluso esa fórmula no tiene por qué ser definitiva, ya que las circunstancias mencionadas pueden cambiar.

En definitiva, los sistemas de custodia compartida tienen que ser todo lo elásticos que requiera el interés de los hijos y las circunstancias de los padres.

A. Custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores

La forma más habitual, parte de la alternancia de la convivencia de los hijos con los padres en la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias tras la separación o divorcio, es la llamada custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores.

En principio esta fórmula supone que el Juez no hace atribución del uso de la vivienda familiar ni a los progenitores, ni a los hijos, aunque también puede suceder que se atribuya el uso al progenitor en cuya compañía queden los hijos por más tiempo, o atribuirlo al progenitor más necesitado de protección⁴⁶. En cualquiera de estos casos, los hijos siempre se trasladan a la casa del otro progenitor en los momentos en que les corresponde quedar bajo su cuidado. En esta fórmula de custodia compartida, en principio, es conveniente la cercanía de los domicilios de los progenitores para facilitar que los hijos continúen su vida sin mayores complicaciones, aunque no es indispensable⁴⁷.

46 SAP Barcelona, Sec. 12.ª, 602/2013, de 26 de julio (ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), establece en su fundamento jurídico 5º que el uso de la vivienda familiar, aun cuando el establecimiento de la guarda compartida implica que cada progenitor haya de proveerse de su propia residencia, se mantiene atribuido a la actora por el término de tres años. Tal asignación temporal resulta procedente por cuanto la situación de necesidad de la misma es mayor que la del demandado y precisa de un periodo de transición desde la situación generada tras la ruptura.

47 SAP Alicante, Sec. 4.ª, 155/2013, de 18 de abril (ponente: D. Manuel Benigno Florez Menendez), en su fundamento jurídico 2º, “De la misma forma, y aunque es obvio que no es lo más deseable, la perito no ha considerado un obstáculo insalvable la distancia entre los domicilio donde se desarrollará la convivencia, el del padre en Moraira y el de la madre en El Campello. A este respecto conviene indicar, junto con las apreciaciones de la perito, que el hecho de alternar la residencia en municipios distintos no ha de implicar necesariamente para los niños un cambio de hábitos, relaciones de amistad, familiares, etc. mayor que el que podrían experimentar si hubieran de vivir permanentemente en una gran ciudad. Y en cuanto a los desplazamientos por razón de estudios es de reseñar que el colegio al que acuden no se encuentra en ninguno de dichos municipios, sino en el término municipal de Alicante, que

Sus detractores alegan que los cambios de residencia generan inseguridad e inestabilidad en los menores.

Los adeptos a este sistema aluden a la bondad del régimen de custodia compartida, en los casos en que ello es posible, por todos los beneficios que comporta. Se fomenta la coparentabilidad, lo que es de suma importancia pues los hijos siguen contando se forma real y efectiva con un padre y una madre, y es que los hijos necesitan siempre a ambos progenitores.

B. Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar

Una segunda modalidad de custodia compartida es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes alternan para residir con sus hijos, la llamada custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar o el sistema denominado de "casa nido". Los padres son quienes deben trasladarse desde el suyo a este de manera alterna⁴⁸.

No son muchas, pero existen sentencias en las que se resuelve que sean los padres los que se trasladen alternativamente de domicilio para ocuparse de los hijos comunes.

según afirmación no desvirtuada se tarda en llegar una media hora desde el domicilio de la madre y que aunque el domicilio del padre se encuentra más lejos se ha acreditado por el documento del folio 139 que desde allí los niños disponen de transporte escolar vinculado al centro educativo (lo que viene a demostrar que sus desplazamientos no serán mayores que los que pueden realizar diariamente otros compañeros de colegio, pudiendo incluso reducirse el tiempo de viaje si como se alega el padre ha de hacer el mismo trayecto por razones laborales)."

48 SAP Barcelona, Sec. 12.ª, 150/2013, de 11 de marzo (Ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón). Fundamento jurídico 3º: "La falta de acuerdo de las partes del proceso sobre la atribución del uso del domicilio familiar, de propiedad compartida entre ambos cónyuges, ha determinado la decisión judicial, y ante la no apreciación de un interés más necesitado de protección de cualquiera de los cónyuges, de atribuir el uso a cada una de las partes en forma alternativa, cada quince días, coincidentes con las estancias de los menores con cada uno de ellos, en el desarrollo del sistema de la guarda y custodia compartida".

Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 12ª, 150/2013, de 11 de marzo (Ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón) establece que ante la falta de acuerdo de las partes sobre la atribución del uso del domicilio familiar y ante la no apreciación de un interés más necesitado de protección de cualquiera de los cónyuges, procede la atribución del uso a cada una de las partes en forma alternativa, cada quince días, coincidentes con las estancias de los menores con cada uno de ellos, en el desarrollo del sistema de la guarda y custodia compartida.

La principal ventaja redundaba en el bienestar del menor, y es que los hijos no cambian de entorno y continúan su vida en unas mismas condiciones.

Este sistema presenta un inconveniente de naturaleza económica para los progenitores, pues obliga a cada progenitor a tener su propio lugar de residencia y, al mismo tiempo, mantener la vivienda familiar común.

Esta solución resulta insostenible en el plano económico para muchos. A ello hay que sumar que suelen surgir problemas por las formas de vida del padre y de la madre en la vivienda común durante los periodos de alternancia, y es que el estado de la vivienda en cuanto a orden o limpieza antes de cada cambio suele ser principal foco de conflictos.

No son muchas las sentencias que resuelven a favor de este modelo de custodia compartida.

Sin duda, esta modalidad requiere por parte de ambos padres un gran espíritu de colaboración⁴⁹.

49 SAP de Barcelona, Sec. 12ª, 675/2013, de 1 de octubre (ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), en su fundamento jurídico 2º dice que: “Este sistema, por sí mismo, no es ontológicamente desdeñable puesto que la realidad social muestra que se dan casos en los que puede funcionar. Bien es cierto que compartir la vivienda en régimen de alternancia exige un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica que abarca desde las previsiones de suministros relativos a la alimentación, a los hábitos higiénicos de las personas. Exige, por otra parte, la tolerancia recíproca del desarrollo natural de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron cónyuges, y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica que cada semana se ha de producir la alternancia, compartiendo dormitorios, armarios, productos de limpieza, y un sin fin de elementos materiales de los que las personas suelen utilizar en su vida ordinaria. Basta con imaginar la evolución de una

C. Custodia compartida simultánea

La Custodia compartida simultanea, sería la única forma en la cual el menor saldría menos perjudicado porque en una misma casa estará su madre y su padre. Según este supuesto, la vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes, permitiendo que los hijos puedan, indistintamente, estar en una u otra de ellas, o incluso, compatibilizando algunos espacios.

Este sistema requiere que tanto la madre como el padre tengan una relación amistosa y la madurez emocional y psicológica suficiente para convivir en el mismo domicilio con sus hijos, lo cual es difícil de alcanzar luego de una crisis matrimonial y cuando cada uno de los progenitores hace una vida en compañía de su nueva pareja; sin embargo si el interés de los hijos es puesto sobre el interés propio de los progenitores, les será menos difícil poder adaptarse a esta forma de custodia.

2. Reparto de los tiempos de convivencia

Aunque parece que la opinión popular considera que custodia compartida quiere decir identidad de tiempos y periodos de meses para casa uno, la realidad es que todo cabe en esta fórmula. Y es que no existe un modelo general de custodia conjunta que

enfermedad que una de estas personas pueda padecer, cuando requiera tratamiento superior a la división semanal pre-establecida.

La casuística pone en evidencia que únicamente en casos en los que las circunstancias económicas imponen este sistema pueda funcionar con carácter extraordinario y, desde luego, en régimen de transitoriedad, mientras pueda encontrarse otra solución al problema. La práctica forense pone en evidencia que son pocos los casos en los que, realmente, se desarrolla de forma satisfactoria esta modalidad de casa nido, que exige un entendimiento perfecto entre los progenitores.

En consecuencia con lo anterior estas preocupaciones que la parte recurrente expone son compartidas por esta Sala, puesto que el sistema suele generar múltiples incidencias. La casuística de la ejecución de sentencias (incluso de medidas adoptadas en este sentido por mutuo acuerdo), pone de manifiesto que los conflictos que se derivan de este peculiar sistema de convivencia en alternancia paralela bajo un mismo techo afectan a las relaciones paterno filiales y, lo que se quiso propiciar, la continuidad de los niños en un mismo, se convierte en foco de disputas.”

obligue a repartir la convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores en periodos iguales.

No está de más recordar que la custodia compartida no comporta la igualdad cuantitativa de los lapsos de convivencia sino que pone fin a la situación en virtud de la cual uno de los padres permanece involucrado en la vida del hijo y el otro totalmente ajeno. Cabría interpretarla como un reparto al 50 por ciento de los derechos y obligaciones de ambos padres.

Es importante tener en cuenta que cada situación familiar es distinta, especifica y concreta, por ello dichas modalidades de guarda, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, serán acordados por el Juez en cada supuesto concreto o bien por los padres en convenio regulador, en atención a las circunstancias concurrentes, buscando el mayor beneficio del hijo.

Los repartos de tiempo deberán ser amplios, a fin de provocar el menor número de traslados posibles, pues si la alternancia en la convivencia se dispone por periodos muy cortos, se obligara al niño a realizar cambios con demasiada frecuencia, lo que no favorece su estabilidad. Sin embargo, tampoco es conveniente dilatar demasiado los periodos de convivencia, pues no resultaría beneficioso para los niños, ya que estos deben asumir los traslados como parte de sus nuevos hábitos de vida. Lo ideal es, en conclusión, que los periodos de convivencia no sean extremos, ni muy largos, ni muy cortos.

La distribución temporal puede ir desde unas horas al día, días, semanas alternativas, o los meses o los años. Así pues, los padres acordaran los tiempos en función de su situación personal y la de sus hijos. No existen modelos delimitados de reparto del tiempo, las variables son múltiples y habrá que estudiar cada caso.

En relación con la cuestión, en el “*Informe Reencuentro*”⁵⁰ se incluyen dos modelos que resultan muy interesantes. Por un lado, se recoge un modelo orientativo de

50 El “Informe Reencuentro” fue elaborado por la Asociación de Padres de Familias Separados (APFS), Federación Andaluza de padres y madres Separados (FASE) y apoyado por: Asociación Gallega de Padres y Madres Separados, Federación de Euskadi de Padres y Madres Separados (Kidetza), Unión de Separados y Separadas de Madrid, Asociación Azulfuerte (Madrid, 25 de septiembre de 2002). Este Informe fue tenido en cuenta en la tramitación parlamentaria de

la alternancia de esos períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso, podría ser el siguiente, propuesto por la institución estadounidense *Children's Rights Council* (Consejo de los Derechos del Niños):

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Aunque son muy diversas las modalidades de alternancia en la convivencia con cada uno de los padres, conviene siempre tener presente que el ritmo de alternancia deberá ser más frecuente cuanto menor sea la edad del menor.

Por otro lado, en el citado “*Informe Reencuentro*” se proponen algunas modalidades de custodia compartida. Estas serían algunas de esas posibilidades de custodia compartida relacionando tiempo y lugar de alternancia y edad del menor.

- Alternancia de horas.

elaboración del proyecto de Ley de la Reforma 2005. Puede consultarse en las direcciones siguientes: <http://www.adiospapa.org/coparentabilidad.htm>;
<http://www.geocities.com/apinpach/index.htm>

Se trata de un modelo en el que el menor puede pernoctar con el progenitor al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del centro escolar hasta después de la cena, con el otro progenitor. Las variables pueden ser múltiples.

Lo que se trata en este caso es de realizar una guarda y custodia compartida a través de la división de tiempo que en un solo día pueden pasar el padre y la madre con el menor.

- Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario, en caso de niños de muy corta edad. O de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño⁵¹.
- Por periodos semanales⁵².

En principio, es la fórmula más sencilla y la que habitualmente asigna el Tribunal. Además es la más propicia para garantizar el continuismo próximo del menor

51 SAP Barcelona, Sec. 18.ª, 102/2007, de 20 de febrero (Ponente: D. Enrique Anglada Fors) "... En definitiva, se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida de ambos hijos con cada uno de sus progenitores, si bien el Tribunal, atendida a la edad de Laura y a lo expresado con sumo detalle por el hijo Lorenzo en la prueba de exploración judicial, considera que no es conveniente ni aconsejable estimar la petición del Ministerio Fiscal de que se fije aquella por semanas alternas, si no por días de la semana y partiendo la misma, ya que así se asegura una regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas y, eso sí, alternándose los fines de semana. Por ello se establece el siguiente régimen de custodia compartida: lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, siempre con pernocta en casa de cada uno de los progenitores, el cual deberá acompañar a la mañana siguiente a los niños al colegio en donde cursan sus estudios, así como los fines de semana - que abarcarán desde el viernes a la salida de la escuela hasta el lunes a la entrada de la misma- con la debida alternancia, o sea, un fin de semana con cada progenitor -y por ello la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio, deberá realizarse por quien de los dos le corresponda el concreto fin de semana-. Asimismo se mantiene el pronunciamiento concerniente a que las vacaciones escolares de los hijos, en los períodos de Navidad, Semana Santa y verano sean disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre elegir el período en que los niños estén en su compañía, en los años pares, y al padre, en los años impares. ..."

52 SAP Barcelona, Sec. 12.ª, 179/2013, de 14 de marzo (Ponente: D. Joaquín Bayo Delgado) acuerda atribuir la guarda y custodia compartida de forma semanal.

con ambos progenitores, evitando que el menor desconecte la relación con éstos y que la presencia de ambos padres en la vida del menor se mantenga de la forma más similar posible a la normalidad del matrimonio.

En este sentido, el menor convive una semana seguida con uno de sus progenitores y pasara una tarde a la semana con el progenitor que no tenga la custodia semanal.

- Alternancia quincenal.

El niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

- Alternancia mensual⁵³.

El niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

- Alternancia cada 6 meses⁵⁴.

El menor convive seis meses ininterrumpidos con cada uno de sus progenitores. El padre no custodio ejerce la guarda una tarde a la semana y los fines de semana alternos. De forma que los menores no pierden el contacto con sus ascendientes.

- Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales.

53 Sentencia del TSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 21/2013, de 30 de abril (Ponente: D. Emilio Molins Garcia-Atance), en su fundamento jurídico 4º acuerda que "... la guarda y custodia de los menores será compartida, por periodos mensuales, con ejercicio compartido de la autoridad familiar. La parte demandante solicita una custodia compartida semanal, pero la trabajadora social propone como más beneficiosa, bien la guarda y custodia por quincenas, o bien por meses. La Sala considera preferible esta última, dada la edad de los menores y la mayor estabilidad que la misma les ofrece frente a la alternancia quincenal."

54 La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Sevilla, n.º 7, 54/2011, de 28 de enero, establece que la guarda y custodia compartida por periodos de seis meses es el mejor modelo de parentalidad en atención a las circunstancias concurrentes, con informes favorables del Ministerio Fiscal y también psicosocial .

Esta modalidad se aplica en casos en los que la proximidad geográfica entre los domicilios de los progenitores impide la cotidianeidad de las actividades diarias y habituales del menor, como acudir al colegio fundamentalmente.

Así, el menor convive con uno de sus progenitores entre semana y con el otro los fines de semana y periodos de vacaciones escolares.

- Por periodos escolares alternativos.

Aunque se aleja del espíritu de la custodia compartida, es una posible solución para los casos en que los domicilios de los padres estén muy distantes entre sí.

El reparto resultante sería, aproximadamente, del 50 por ciento para cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el “progenitor de días lectivos” durante las vacaciones estivales (por ejemplo, una semana al mes) y mitad de vacaciones.

Este sistema puede ser muy favorable si atendemos a la oportunidad que tienen los menores de compartir la vida cotidiana con ambos progenitores por años alternos.

En conclusión, decir que los diferentes matices cada caso, hacen que no exista una formula única y es que, en la práctica, cada familia tiene una realidad distinta, con una dinámica y características propias y concretas. Partiendo del análisis que se haga de la situación y práctica familiar la mejor opción para satisfacer y proteger los intereses del menor no será la misma.

VIII. ASPECTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL

1. El nuevo artículo 92 del Código Civil. Consideraciones generales

En lo que respecta al estudio de la guarda y custodia compartida, esta materia ha sido objeto de una de las reformas más relevantes del Derecho de familia.

Esta ley introdujo en el Derecho español la figura de la custodia compartida. En el párrafo quinto del artículo 92 CC se da la posibilidad de compartir el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos cuando lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o el juez así lo acuerde por entender que se atiende al interés superior del menor.

Si bien el CC antes del divorcio o la separación consideraba un deber de ambos padres cuidar y atender a los hijos conjuntamente, tras dicha separación o divorcio relega dicha custodia conjunta a un segundo plano (cuando se den los especiales requisitos exigidos), dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los padres.

Para la atribución de la guarda y custodia de los hijos el interés del menor es el límite y el punto de referencia.

Por lo tanto, en lo referente a la guarda y custodia compartida de los hijos, constituye una norma de derecho imperativo, un principio de orden público que se escapa de la voluntad de las partes, debiendo tener el Juzgador, como principio básico, el bienestar e interés de los hijos.⁵⁵

En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el párrafo 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a la *idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia* (artículo 92.9 CC).

Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obren en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo.

El Juez debe *oír a los menores afectados cuando tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario, de oficio o a petición del ministerio fiscal o el equipo técnico judicial o del propio menor*; procesalmente, se llevará a cabo a través de la diligencia de exploración del menor. Resulta relevante la opinión del menor, aunque no vincula al Juez directamente.

Además el artículo 92.6 CC, establece en relación a la guarda y custodia compartida que el Juez debe *valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad de la guarda*.

⁵⁵ ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y custodia compartida de los hijos*, Editorial Bosch, S.A., septiembre de 1996. Pág., 42-43.

2. Solicitud de la guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo por ambos progenitores (artículo 92.5 CC⁵⁶).

Ambos progenitores conjuntamente en la propuesta de convenio regulador⁵⁷ presentada junto a la demanda de separación o divorcio, o durante el transcurso del procedimiento, si llegan a un acuerdo⁵⁸, podrán acordar el ejercicio de la guarda y custodia conjunta.

En cualquiera de estos dos casos, el proyecto de guarda y custodia compartida ha de ser específico y concreto, debiendo contener en él, el detalle y la regulación de los periodos de tiempo, forma de entrega de los hijos, las estancias, aspecto educativos, sanitarios, pensión de alimentos, y en definitiva todos aquellos extremos que conformen la vida del menor. Las modalidades de custodia compartida son infinitas, y serán los progenitores quienes adopten la fórmula que consideren más conveniente.

En este sentido, los progenitores tienen que tener una actitud de colaboración entre ellos que les lleve al buen funcionamiento de este sistema de cuidado de los hijos y haber sido capaces de realizar una valoración objetiva y serena de las circunstancias.

Los extremos sobre los cuales debe recaer el acuerdo son de variada índole, pero uno de los fundamentales para lograr el éxito de este modelo de guarda es la confianza que cada progenitor deposite en las capacidades parentales del otro⁵⁹, así como el convencimiento de deber favorecer un equilibrado acceso al menor⁶⁰.

56 Artículo 92.5 CC: *se acordará el ejercicio compartida de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda y custodia conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

57 Procedimiento de mutuo acuerdo (artículo 777 LEC)

58 Procedimiento contencioso reconvertido a mutuo acuerdo (artículo 770.5 LEC).

59 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. "Custodia compartida de los hijos", *op. Cit.*, pág., 500.

60 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. "Custodia compartida de los hijos", *op. Cit.*, pág., 427.

Estos pactos han de pasar un filtro judicial, pues el interés superior de menor necesita que el tribunal indague si ese sistema de custodia, elegido de mutuo acuerdo por lo padres, es el que tutela mejor sus intereses. Para ello, el acuerdo debe ser homologado judicialmente, ya que pese a regir el principio dispositivo en la atribución de la custodia compartida no significa que el Juez se encuentre vinculado por las peticiones de las partes.

La homologación judicial del convenio no se limita a una revisión formal, sino que se debe verificar que todos los extremos contenidos en él, están dirigidos a satisfacer el interés del menor.

El Juez debe respetar lo pactado por las partes, pero puede rechazar el acuerdo cuando con él, se cause algún perjuicio a los hijos o a alguno de los progenitores. Así lo establece el antepenúltimo párrafo del artículo 90 del CC, regla que se aplica a esta hipótesis, y es que los acuerdos de los cónyuges adoptados, tras la separación o divorcio, serán aprobados por el Juez, salvo en aquellos casos en que sean dañosos para los hijos o gravemente perniciosos para alguno de los cónyuges.

El Juez, al examinar el convenio, no ha de actuar con rigor sino con flexibilidad, y cuando algo del contenido del convenio llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, en el acto de ratificación podrá solicitar las oportunas aclaraciones a los interesados, para luego hacer las observaciones y matizaciones que estime oportunas en la sentencia.

Así pues, pese a haberse concedido la separación o el divorcio, puede que la sentencia no apruebe en todo o en parte el convenio. El Juez ha de dar una explicación fundada sobre los puntos no aprobados. Los progenitores tendrán entonces un plazo de 10 días para proponer un nuevo convenio o subsanar las cláusulas que no hayan sido aprobadas por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictara auto dentro del tercer día resolviendo lo procedente (artículo 777.7 y 8 LEC).

El Juez puede apartarse de los términos del convenio propuesto por los cónyuges y determinar que la guarda que resulta más beneficiosa para el menor es la exclusiva⁶¹.

3. Solicitud de la guarda y custodia compartida por uno solo de los progenitores. Requisitos.

Conforme al artículo 92.8⁶² del CC, para que pueda otorgarse la guarda y custodia compartida en el ámbito contencioso, se necesita de la concurrencia de ciertos requisitos:

A.- Que se otorgue siempre con carácter excepcional, por no haber acuerdo previo entre los progenitores.

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la excepcionalidad a que se refiere el artículo 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre

61 “... Por tanto, poniendo en relación con la normativa sustantiva y procesal, cabe concluir que al Juez, ante un procedimiento de mutuo acuerdo, le está vedado adoptar de oficio la guarda y custodia compartida; pero, una vez pactada de mutuo acuerdo, no le está prohibido señalar sus términos en la forma que estime oportuna, o incluso determinar la guarda exclusiva, siempre que sea más beneficioso para el menor”. Cfr. PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La Custodia Compartida”, primera edición Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2009. Pág. 65.

62 IVARS RUIZ, Joaquín (“Del por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrario a la favor filii”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 796, 15 de abril de 2012, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 1) considera que este precepto evidencia el desacierto del legislador, al desconocer el significado, alcance y protección del denominado interés superior del niño esclavizando la custodia compartida a la excepcionalidad, al informe favorable del Ministerio Fiscal y a la absolutización, en el sentido de que solo de esta manera se proteja el interés del niño. Argumenta que estas prevenciones se justifican por la desconfianza a los progresos que provengan de un sistema que pretende una igualación de los periodos de estancia de los hijos con sus padres y no por una aparente protección del interés del menor.

los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

B.- Solicitud a instancia de uno de los progenitores.

La guarda y custodia no puede ser decidida por el Juez de oficio si no ha sido solicitada por ambos progenitores o excepcionalmente por uno de ellos⁶³, aun y cuando

⁶³ En este sentido la SAP de Málaga, sección 6ª, 373/2011, de 30 de junio (Ponente: D. Antonio Alcalá Navarro) deniega la custodia compartida puesto que no fue lo que se pidió en la demanda aunque tenga el apoyo del Fiscal, valorando el superior interés del menor:

"... En el acta de la vista del juicio celebrado el día 20 de julio de 2010, tanto demandante como demandada consta que se afirmaron y ratificaron en sus escritos de demanda y oposición solicitando el recibimiento a prueba, estando el Ministerio Fiscal al resultado de la prueba que igualmente solicitó. En el escrito de demanda el actor interesaba que se le atribuyese la guarda y custodia de la menor, habida cuenta de que consideraba más beneficioso para la hija atribuírsela al padre, (...). Por su parte la esposa, en su demanda acumulada a estas actuaciones, hacía lo propio y pedía para ella la guarda y custodia de la menor (...). El planteamiento del litigio era ese y la consecuencia no puede ser otra que la resolución entre una y otra posición atribuyendo la hija a la guarda y custodia de uno u otro progenitor, con el consiguiente uso y disfrute de la vivienda familiar, y el apelante no puede cambiar el objeto del proceso planteando ahora una guarda y custodia compartida y la liquidación de la vivienda familiar, y ello porque causa indefensión a la parte el que la sentencia resuelva sobre materias que no fueron objeto de alegación y prueba en las actuaciones, aunque haya podido ser introducido por vía de informe por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, pues para que la guarda y custodia compartida sea posible el artículo 92 del Código Civil exige, si es solicitado por los padres, la práctica de ciertas actuaciones que recoge el apartado 6 de dicho precepto legal que obviamente no han podido ser realizadas, o si lo solicita uno solo de ellos el informe favorable del Ministerio Fiscal y el acuerdo lo deberá fundamentar la sentencia en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor, párrafo 8 del mismo artículo, por lo que no basta que lo haya pedido el Ministerio Fiscal en las conclusiones de la vista, si no lo pidió uno de los progenitores y en absoluto ha quedado acreditado que la custodia compartida sea el único modo de satisfacer el interés de la menor, que se encuentra ampliamente satisfecho con el amplio régimen de visitas señalado en la sentencia apelada, que incluye contactos dos días entre semana, martes y jueves desde la salida del colegio hasta las veinte horas, permaneciendo la menor con su madre con quien siempre ha convivido, y señalándose para ello la vivienda que el matrimonio adquirió a tal fin, por ser inconsecuente el marido cuando la pide por dos veces para sí y para la hija, y cuando no lo obtiene prefiere que no sea para nadie, en claro detrimento del derecho de la menor claramente establecido en el artículo 96 del Código Civil, pues la vivienda fue adquirida claramente con la finalidad de que fuese domicilio familiar sin perjuicio de las vicisitudes coyunturales por las que pueda haber atravesado. ...".

los informes psicológicos incorporados a las actuaciones y el interés del niño pudieran aconsejar la adopción de la medida, puesto que la nueva regulación parte del criterio inexcusable de que la medida debe regirse por el principio dispositivo o de justicia rogada.

Así, es necesario que uno de los progenitores solicite el ejercicio compartido de la guarda y custodia (artículos 770, 771 y 773 LEC). Esta solicitud puede realizarse en la demanda, en la contestación-reconvencción, en la vista del juicio, en las conclusiones del juicio, es decir, en cualquier fase del proceso contencioso⁶⁴.

C. Informe⁶⁵ “favorable” del Ministerio Fiscal, sin el cual el Juez no puede adoptar la medida.

De conformidad con los artículos 749 y 777 LEC, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal; y dicha intervención viene referida a los procesos mencionados en el artículo 748 LEC, en los que el Ministerio Fiscal no tiene la condición de parte sino, que actúa en defensa de los intereses de los menores (artículo 749.2 LEC) y lo hace con la función de revisar las cláusulas de la demanda o del convenio regulador en relación con dicho menor.

El supuesto del artículo 92.8 CC impone al Juez la obligación de recabar informe del Ministerio Fiscal, que deberá ser “favorable”. El informe preceptivo del Ministerio Fiscal, si es favorable, no es vinculante, pero si es desfavorable, si, e impide al Juez acordar la custodia compartida cuando a su entender es lo más adecuado para el menor.

⁶⁴ Se plantea la opción sobre la posible solicitud de la custodia compartida en segunda instancia, a pesar de no haberlo hecho en la primera.

⁶⁵ El Ministerio Fiscal puede presentar su informe bien al contestar la demanda o también en el propio acto de la vista. En el primer caso estará limitado por el contenido de la demanda. En el segundo caso, también se encuentra limitado ya que la regulación del acto de la vista solo permite su intervención previa a la práctica de la prueba así como en las conclusiones finales tras la misma (artículos 443 y 770 LEC)

En este sentido, con el tenor literal actual del artículo 92.8 CC, más que proteger los intereses del menor, lo que se está consiguiendo es una limitación de la función jurisdiccional de los jueces, un obstáculo a la tutela judicial efectiva y una traba a la cultura pacificadora de las separaciones y divorcios⁶⁶.

La introducción del informe favorable del Ministerio Fiscal ha supuesto un acontecimiento muy criticado en nuestro sistema jurídico teniendo en cuenta la regulación actual del CC, ya que ello supone que se están desconociendo las funciones del Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal actúa como dictaminador o informante y las decisiones judiciales no han de quedar vinculadas por la decisión de éste.

La posibilidad de que el Juez pueda adoptar judicialmente la custodia compartida no puede estar sujeta al informe del Ministerio Fiscal, sino que el Juez lo deberá valorar junto con el conjunto de pruebas que se practiquen y acordarla si es la única forma de proteger el interés del menor.

D.- Que la decisión judicial se fundamente en que sólo de esta forma se protege el interés del hijo.

Ha de razonarse que la medida adoptada de custodia compartida es la única que protege adecuadamente el interés superior del niño. La sentencia debe argumentar, por tanto, las razones en virtud de las cuales se descartan otros sistemas posibles de custodia y que llevan a considerar a la guarda y custodia compartida como la única opción idónea⁶⁷.

Finalmente, el Juez, antes de adoptar cualquier decisión relativa a la guarda y custodia, podrá recabar dictamen de especialistas “debidamente cualificados” relativo a la idoneidad del modo de ejercicio del régimen de custodia de los menores.

⁶⁶ CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, *Guarda y custodia compartida*. “¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?” *Diario la Ley*, número 7206, 29 de junio de 2009, pág., 12. (www.diariolaley.es)

⁶⁷ Según PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita (“Patria Potestad”, op. Cit., pág., 193), “hubiera sido más correcto incidir, no en que esa sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del niño, sino en que sea la mejor fórmula de las posibles”.

4. Causas legales de inadmisión de la guarda y custodia compartida en el Código Civil

La Ley 15/2005 prevé causas legales tasadas de misionan de la guarda y custodia conjunta. La enumeración está contenida en el artículo 92,7 CC:

1. *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.*

Por tanto, no procederá acordar la guarda y custodia desde el momento en que exista cualquier imputación formal contra cualquiera de los progenitores, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro o de los hijos que vivan con ellos. En este sentido debe interpretarse la expresión “incurso en un procedimiento.”

Cuando nos referimos a “estar incurso”, parece ser que la voluntad de legislador se debe aludir a “estar imputado”, puesto que en el texto menciona el procedimiento, pero no la necesidad de sentencia⁶⁸, lo que implica que si se ha interpuesto formalmente querella o denuncia por estos delitos en contra de uno de los progenitores, no cabe establecer esta modalidad de cuidado pendiente el juicio respectivo.

Esta interpretación plantea dudas, ya que a quien aun no ha sido condenado y puede resultar absuelto se le está imponiendo una pena indirecta como es la restricción del contacto con sus hijos, lo cual no parece ir en consonancia con el principio de presunción de inocencia⁶⁹. O bien en muchos casos, hay actuaciones del cónyuge que

68 LATHROP GOMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág., 422.

69 PÉREZ MAYOR, Adrián sostiene que el apartado primero del párrafo 7 del artículo 92 CC quebranta el principio de presunción de inocencia, lo que supone un atentado a la seguridad jurídica e incentivara las denuncias falsas haciendo un uso perverso de la Ley. “La Entelequia de la Custodia Compartida o Alternativa en los Procedimientos Contenciosos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3, julio-septiembre de 2007, La Ley, Barcelona. Pág., 813.

pretende impedir la guarda y custodia compartida a toda costa, como sería una denuncia falsa con el fin de evitar que esa medida se adopte.

2. *Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

Es indiferente el sexo del agresor y de la víctima, puede ser tanto mujer como hombre, o los hijos⁷⁰.

En el caso de violencia de género, el Juez de lo Civil pierde competencia para seguir conociendo del asunto⁷¹, y en este caso, será el Juzgado de Violencia contra la Mujer quien requerirá la inhibición al Tribunal Civil y será quien decida el régimen de custodia más adecuado⁷².

El Juez podrá suspender el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia al inculcado por violencia de género, así como, ordenar la suspensión de visitas a sus descendientes⁷³.

En el supuesto en que previamente exista una sentencia que acuerde una guarda y custodia compartida, la posterior denuncia por violencia de género permitirá al Juez acordar la suspensión de dicha medida, siempre y cuando se entienda que las circunstancias pueden ocasionar un perjuicio a los hijos.

En este caso, el régimen de comunicación y estancia, podría quedar en suspenso, o bien, cuando la violencia no afecte a los hijos, puede recurrirse a sistemas alternativos como el intercambio de los niños en el Punto de Encuentro Familiar⁷⁴.

⁷⁰ El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, define violencia de género a todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

⁷¹ Artículo 87, ter de la LOPJ.

⁷² Artículo 49 bis.3 de la LEC

⁷³ Artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 14/2005, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El artículo 158.4 otorga la facultad al Juez de dictar aquellas medidas que considere oportunas con el fin de apartar al menor de cualquier peligro al que esté expuesto.

Llegados a este punto, dentro de la violencia familiar es necesario poner atención a las posibles denuncias falsas⁷⁵ que desvirtúan la búsqueda del interés del menor y que buscan obtener una custodia unilateral para uno de los progenitores. En estos casos se buscan intereses propios y no el beneficio del hijo.

5. La inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, redacción contenida en el apartado ocho del artículo 92 CC.

En este sentido y respecto a la petición de custodia compartida, el Código civil establece como requisitos imprescindibles para la fijación judicial de la guarda y custodia compartida: la solicitud de parte, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y

⁷⁴ Se denomina Punto de Encuentro Familiar al servicio especializado en el que se presta atención profesional para facilitar que los menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso.

Según una publicación en el Diario de Navarra en abril de 2012, concretamente el 20 de abril, día en que el Punto de Encuentro Familiar cumplía diez años, este es un servicio en creciente demanda y muy bien valorado por las familias que lo requieren. La consejera Elena Torres hacía alusión al difícil trabajo que realizan los profesionales del servicio por la gravedad de las situaciones con las que se encuentran y el especial cuidado que hay que dedicar a las atenciones. Torres explicaba que en muchas ocasiones se encuentran con casos de violencia y el principal propósito es el de velar por el bienestar del menor.

⁷⁵ IVARS RUÍZ, Joaquín. *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Segunda Edición, Editorial Lo Blanch, Valencia, España, 2008. Págs. 66-68.

conforme al último inciso, que solo de esta forma se proteja adecuadamente le interés superior del menor.

Lo que se desprende de la lectura de este artículo es que el Juez no podrá atribuir la custodia compartida, en defecto de acuerdo de las partes, sin un informe favorable del Ministerio Fiscal. Y es ahí donde no podemos plantear la inconstitucionalidad.

Con fecha 17 de octubre de 2012 el Tribunal Constitucional dictó sentencia en virtud de la cual declara inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el artículo 92.8 CC.

La citada sentencia tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria⁷⁶, en relación con el artículo 92.8 CC, por posible contradicción con los artículos 117.3, 24, 14 y 39 de la Constitución Española.

⁷⁶ Los hechos que preceden al planteamiento de dicha cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 se presentó demanda de divorcio contra el marido de la demandante. El demandado solicitó que se atribuyera la guarda y custodia de la menor a ambos progenitores, no estando conforme con dicha medida la demandante. El Ministerio Fiscal interesó que la guarda y custodia se otorgara únicamente a la madre. El Juez de Instancia concedió en exclusiva a la madre la custodia de la menor, indicando en la resolución que “... este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia propuesto por el padre porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común”. El padre de la menor interpuso recurso de apelación solicitando la guarda y custodia compartida, a lo que se opuso la madre. El Ministerio Fiscal se personó sin formular alegaciones. La Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar lo que entendieran conveniente sobre la oportunidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad del apartado 8 del artículo 92 del Código civil, en cuanto condiciona la decisión jurisdiccional de la custodia compartida de la hija a instancia de uno de los progenitores a la existencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal. La parte apelada manifestó que no era pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La parte actora se mostró conforme con dicho planteamiento. Asimismo, a juicio del Fiscal, era procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad por entender que la norma cuestionada era relevante para el fallo y parece consolidar los preceptos invocados por la Sala. Como ya hemos adelantado, la sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, por Auto de 13 de septiembre de 2006, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 92,8 por vulnerar los artículos 14,24, 39 117.3 CE, matizando que la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo

El precepto 117.3 CE dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 92.8 CC, el órgano judicial, tras valorar el conjunto de toda la prueba practicada en el procedimiento, no podía conceder la custodia compartida, por falta de emisión de un informe favorable del Ministerio Fiscal, aun a pesar de considerar que tal medida era la más beneficioso para el menor.

Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente solo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada. No permitir, como hace la norma, que el Juez decida de manera diferente al parecer del Ministerio Público limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución otorga de forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial. Estamos ante el único informe de los que el Ministerio Fiscal emite en los diferentes órdenes jurisdiccionales, al que el legislador ha atribuido carácter vinculante.

Discrepamos acerca de que la “situación de desacuerdo de los progenitores”, se convierta en el “elemento diferenciado de relevancia jurídica”, que ampare la potestad decisoria que este precepto otorga al Ministerio Fiscal.

La concesión al Ministerio Fiscal de esta facultad de veto es exorbitante, infiriendo en la función primordial de poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atentando contra su independencia por sujetar la actuación judicial a lo que considere el Ministerio Fiscal.

“favorable” que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal (...) y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un “prius” o un requisito de procedibilidad sin el que el Juez o el Tribunal no pueden juzgar.

Se considera que no existe ningún argumento que justifique que el legislador haya dispensado un poder de veto al Ministerio Fiscal, ni tan siquiera el artículo 39 CE podría servir como criterio en que basar la razonabilidad y proporcionalidad de la norma. Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal tiene entre sus funciones públicas la de velar por la defensa de los derechos de los menores, ello no puede llevar consigo la consecuencia de dejar al arbitrio del mismo la decisión de acordar la custodia compartida, sin permitir al órgano jurisdiccional imponer dicho régimen por entender que es el más adecuado para los hijos menores.

A la inconstitucionalidad de semejante requisito también se llega por su colisión con el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La Sentencia del Tribunal Constitucional, declara nulo el artículo 92.8 CC porque supone una vulneración del artículo 24 de la CE que dispone que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. El hecho de que un Tribunal deniegue una custodia compartida como consecuencia de la emisión de un informe desfavorable del Ministerio Fiscal supone la infracción del derecho a la tutela efectiva, pues el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 14⁷⁷ CE, parece injustificado requerir informe favorable del Fiscal para que el Juez otorgue la custodia compartida no existiendo acuerdo de los padres y no exigir que sea favorable cuando los padres estén conformes.

En este sentido, la prevalencia del interés superior del menor no se puede disociar de un modelo de coparentabilidad, que reconoce la igualdad de derechos y responsabilidad de ambos padres. No puede olvidarse que el establecimiento de esta norma no puede satisfacer el principio de igualdad parental y ponemos en duda que redunde en beneficio de los menores.

77 Redacción del artículo 14 CE: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

Supeditar la custodia compartida al informe favorable del Ministerio Fiscal, supondría el sacrificio injustificado, por el propio legislador, de derechos tan fundamentales como los reconocidos a los padres:

Por el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

Según el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico de país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Cabe mencionar también el artículo 18 de nuestra Constitución, en cuanto en el mismo se “constitucionaliza”, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional en la vida privada y familiar.

La reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2012 pone en relieve que ni la Constitución Española ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil advierte ya en el art. 749 LEC sobre la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. De todas estas normas se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian.

Añade dicha resolución que no cabe duda de que el papel del Ministerio Fiscal consiste en una valoración de las circunstancias concretas sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. Y el Juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida, ya para denegarla, inclusive en el caso de que el Ministerio

Público haya dictaminado favorablemente, porque finalmente, a la vista del conjunto de pruebas practicado, ha valorado que pueda resultar lesiva su adopción.

Dispone el Constitucional que *precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente solo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.*

Con todo lo dicho hasta aquí, en aquellos casos en los que el Ministerio Público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión dispareja del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Añade, además, que *el interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5.º CC).*

Concluye la Sentencia que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex* art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la discusión existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

Declara, por tanto, la inconstitucionalidad y nulidad del término "favorable" contenido en el art. 92.8 CC por los motivos siguientes:

1. Por limitar injustificadamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga en exclusiva al Poder Judicial, desde el momento en que el Juez queda vinculado por el informe desfavorable del Fiscal.

2. Y por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues, aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de dicho dictamen menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que en la práctica, y aunque se obtenga una sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al informe del Fiscal.

En este sentido y a modo de conclusión diremos que la existencia del informe desfavorable del Ministerio Fiscal no debe operar como presupuesto impositivo en los supuestos de custodia compartida.

El dictamen del Ministerio Fiscal debe de valorarse solo como informe y no puede vincular la decisión del Juez, además esta función que el artículo 92.8 CC otorga al Ministerio Fiscal no se encuentra en ningún ordenamiento jurídico español.

El informe del Ministerio Fiscal debe valorarse junto con el conjunto de pruebas que también se practiquen como una más; por lo tanto, el criterio último para decidir sobre la custodia será el interés del menor, interés que no vendrá determinado por la voluntad de los padres, ni siquiera en el caso de que acuerden un convenio, ni por la voluntad exclusiva del niño, sino que deberá ser la discrecionalidad judicial la que valorando todos los elementos probatorios debe señalar lo que estime más conveniente.

6. El derecho del menor a ser oído

La audiencia al hijo se tiene cabida legal en el artículo 24⁷⁸ de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 12⁷⁹ de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁸ Artículo 24 de la carta señala como derechos del menor:

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que *el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*, derecho que se recoge igualmente en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio (artículos 92.6, 154.3, 156.2, 159 CC y 770.4 y 777.5 LEC) y preceptivamente si alcanzaron los doce años (artículos 156.2 y 159 CC y 770.4 LEC).

Concretamente, en el artículo 92.2⁸⁰ CC dispone que *el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*. En este mismo sentido se manifiesta el artículo 62.2 CC.

El artículo 92.6 CC reconoce el derecho a ser oídos a los menores “que tengan suficiente juicio” cuando se precie pertinente de oficio o a petición del Fiscal, partes o

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

⁷⁹ El artículo 12 dice:

1.- Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

⁸⁰ La Ley 15/2005 reformó el artículo 92.2 CC y el artículo 777.5 LEC, suprimiendo la obligación de oír a los hijos siempre que fueran mayores de 12 años, por la obligación del Juez de velar por su derecho a ser oídos, siempre que deba adoptar cualquier medida en orden a la custodia, al cuidado y educación de los mismos.

miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor. Se trata de un derecho preceptivo.

En definitiva, cuando los menores tengan capacidad suficiente para conocer y decidir sobre la situación que les rodea, sus deseos y sentimientos no pueden ignorarse, al contrario, deben tener presentes cuando lo que se busca es su propio beneficio, siempre que no conste que su voluntad se encuentre viciada o se acredite la existencia de comportamientos ajenos que hayan mediatizado su deseo, o sus motivaciones carezcan de la consistencia necesaria para justificar la atribución de su guarda y custodia a uno de sus progenitores.

Hay que tener en cuenta que la valoración de esta opinión ha de quedar al arbitrio del Juez, que no sólo tiene que ponderar la libertad del menor para formular sus deseos, sino la edad del mismo y otras circunstancias, y que no se trata de una obligación de seguir esta voluntad, que puede ser perjudicial para el propio menor, sino de ponderarla, unida a los restantes factores⁸¹.

En principio, se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho, no obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá negarse. Se trata pues de aquellos casos en que la audiencia supone para el menor un perjuicio en su interés. En todo caso, cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos (artículos 9.2.2 y 9.3 LOPJM).

⁸¹ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la persona*. Tomo IV, "Efectos y medidas de la ruptura conyugal" Editorial Bosch S.A., Barcelona, octubre 2007. Págs.183-184.

IX. FACTORES QUE DETERMINAN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia de hijos menores tras la ruptura de pareja no puede resolverse de forma maniquea, compartir la custodia de los hijos de forma alternativa es compartir muchos comportamientos de la vida cotidiana de los menores y no siempre se está en condiciones de hacerlo tras la ruptura.

A menudo las peticiones de custodia compartida se convierten en moneda de cambio de otras peticiones en el ámbito del divorcio, por lo tanto, debemos deslindar la idoneidad de la custodia compartida, del afán por la obtención de beneficios materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda, la precepción de pensiones, etc. La casuística es muy variada y es injusto generalizar pero la custodia compartida se utiliza como herramienta de negociación de pensiones más o menos cuantiosas.

La delimitación del *favor filii*⁸² consiste en establecer, sobre la base de la valoración de las más detalladas circunstancias, cuál de las modalidades de custodia garantizan un mayor bienestar para el menor⁸³.

Al respecto, creemos que a la hora de establecer una custodia compartida, se debe estudiar exhaustivamente cada familia, cada progenitor y cada hijo, con sus particulares características.

La guarda debe concederse a quien haya sido figura referente del menor, a quien cuyas condiciones laborales, familiares y sociales le permitan dar soporte a la cotidianidad del menor y aquél a quien el menor ubique emocionalmente y psicológicamente como figura principal, en definitiva, a quien mayores garantías ofrezca para cuidar a los menores y lo haya venido haciendo, con el objetivo de que la ruptura de la pareja suponga el menor cambio posible en su cotidianidad.

El Código Civil español no ofrece una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor a la hora de valorar el establecimiento de un régimen de custodia compartida en aquellos supuestos en los que existen discrepancias entre los progenitores.

Se trata más bien de indagar las circunstancias que concurren en cada caso y adoptar las medidas que mejor encajen en el supuesto concreto, y que además, no se rompa la vinculación afectiva de los menores con cada uno de sus progenitores.

Han sido la doctrina y la jurisprudencia⁸⁴ quienes han ido marcando los criterios que se valoran a la hora de establecer una custodia compartida.

⁸² HERNANDO REMOS, Susana: *El informe del ministerio fiscal en la guarda y custodia compartida*, en Diario La Ley , 29 de junio de 2019, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial Le Ley, pág., 9: “El criterio último para decidir sobre la custodia del menor será el interés de éste, interés que no vendrá determinado por la voluntad de los padres, ni siquiera en el caso de que acuerden un convenio, ni por la voluntad exclusiva del niño, sino que deberá ser la discrecionalidad judicial la que, valorando todos los elementos probatorios decida lo que estime más conveniente”.

⁸³ LATHROP GOMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág., 497.

Y en este sentido, vamos a resaltar los criterios recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2013, y en sentencia de la Audiencia Provincial del Barcelona, Sección 12ª, de 27 de febrero de 2013.

1. El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2013, considera que ha de primar el sistema que mejor se adapte al menor y a su interés, no al de sus progenitores. Añade, además, que "(...) la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible (...)".

El denominador común de los criterios favorables para establecer la custodia compartida es la estabilidad del menor en cada caso, teniendo una importancia la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición.

Esta Sentencia viene a recoger los requisitos que ya había señalado la propia Sala Primera, en anteriores Sentencias, de 10 de marzo de 2010, de 11 de marzo de 2010 y de 7 de julio de 2011, entre otras. Estos son los criterios que se valoran:

A.- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor.

Se debe analizar y tener en cuenta la dinámica familiar anterior a la separación o divorcio de los progenitores, es decir, debe existir una situación previa a la separación,

⁸⁴ El Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, 961/2011, de 10 de enero (Ponente: D. Juan Anronio Xiol Rios) convino que del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven .

en que los progenitores hayan colaborado por partes o de manera activa en la crianza⁸⁵ del hijo. Así pues, la participación equitativa en el cuidado de los hijos constituye un antecedente sumamente importante para el posterior funcionamiento de la custodia compartida pero no decisivo. Así, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 675/2013 de 1 de octubre (Ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz) considera que el hecho de que la madre se haya ocupado del menor antes de la ruptura de forma prioritaria respecto del padre es un factor a tener en consideración, pero no es determinante para no fijar el ejercicio conjunto de la guarda. Se refería además, a que la distribución de funciones entre los esposos respecto al conjunto de obligaciones que se derivan de la convivencia en pareja obedece generalmente a acuerdos verbales o tácitos que no marcan el signo de comportamientos futuros tras la ruptura.

Es una equivocación pensar que la custodia compartida contribuirá a una mayor igualdad entre los progenitores cuando esta igualdad en relación al cuidado de los hijos no se ha dado en constante convivencia.

En este sentido sentencias como la de la Audiencia Provincial de Tarragona, 225/2013, de 14 de junio, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, 109/2013, de 13 de febrero, desaconsejan la custodia compartida cuando los hijos tienen una mayor vinculación con uno de los progenitores, quien, hasta el momento de la separación o divorcio, ha desempeñado de forma responsable las funciones parentales, encargándose de su atención y de velar por sus necesidades.

Además, resulta difícil considerar que aquel progenitor que ha delegado en el otro el cuidado de los hijos, hasta el punto de no estar al corriente de la cotidianeidad del hijo, sea capaz de establecer una participación activa en la vida de los hijos con posterioridad a la ruptura.

B.- Sus aptitudes personales, refiriéndose a las características de madurez personal de los progenitores.

⁸⁵ Esta idea se plasma en el artículo 68 CC, cuando añade *además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.*

C.- Los deseos manifestados por los menores competentes.

Este derecho queda recogido en el artículo 92.2 CC cuando dice que *el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia compartida, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*. Y, en esta materia, el artículo 92.6 CC acuerda que el Juez debe oír a los menores que tengan suficiente juicio *cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor*.

La misma solución se recoge en artículo 777.5 LEC, cuando en los procedimientos de mutuo acuerdo, dispone que *si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal (...) oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*. En los procesos contenciosos, el artículo 770.4 LEC, *in fine*, establece que *cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años*.

Así pues, la opinión del menor es valorada por el Juez, pero lo manifestado por el menor ante el Juez no determina la decisión judicial, sino que únicamente informa; aun así no es un factor que pierda importancia para la valoración de la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, 563/2013 de 5 de julio (Ponente: D. Eduardo Hijas Fernández) tras haber escuchado el menor que se inclinaba por mantener su convivencia habitual con la madre, se resolvió que el ejercicio alternado de la custodia era favorable para el desarrollo del hijo. Concretamente, en su fundamento jurídico 2º decía lo siguiente: “No puede desconocerse que el menor, al ser explorado en esta alzada, mostró cierta inclinación a mantener su convivencia habitual junto a su madre, pero según se ha anticipado, ello constituye uno más de los datos, que no único ni el decisivo, a ponderar en la final resolución por los tribunales del conflicto planteado, en el que, al contrario de lo que acaece en otros muchos, no late finalmente, y en cuanto al fondo, una discrepancia sobre el uso del domicilio familiar, en cuanto vinculado al sistema de custodia. Ha de ponderarse también que Iván alcanza, en estos momentos, una edad decisiva para su formación y desarrollo en todos los órdenes, en la que precisa de la presencia, en su vida

cotidiana, de ambas figuras parentales, no estimándose conveniente, a tal fin, que sea una sola de ellas quien cubra las atenciones del día a día en las épocas lectivas, en tanto que la otra se convierta únicamente en referencia en las etapas de ocio y vacaciones escolares.” En cambio, la SAP de Ourense. Sección 1ª, 319/2012, de 19 de julio (Ponente: Dª. Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández) entiende que lo que debe tenerse en cuenta es la opinión de la hija de 13 años; quien en la exploración judicial manifiesta su deseo de pasar el mismo tiempo con su padre y con su madre, mostrándose claramente a favor de la custodia compartida.

En definitiva, cuando los menores tengan suficiente capacidad para conocer y decidir sobre la situación que les rodea, sus deseos y sentimientos no pueden ignorarse, sino al contrario, deben tenerse muy presentes cuando lo que se busca es su propio beneficio, siempre que no conste que su voluntad se encuentre viciada o se acredite la existencia de comportamientos ajenos que hayan mediatizado su deseo, o sus motivaciones carezcan de la consistencia necesaria para justificar la atribución de su guarda y custodia a uno de sus progenitores.

D.- El número de hijos.

E.- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.

F.- El respeto mutuo en sus relaciones personales.

G.- El resultado de los informes exigidos legalmente.

Y es que, según la redacción del artículo 92.6 CC, el Juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal.

Y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

2. La última jurisprudencia de las Audiencias también específica y concreta de forma clara las circunstancias de carácter objetivo que se deben ponderar a la hora de

establecer la custodia compartida. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, en Sentencia de 27 de febrero de 2013, señala que son, entre otras:

A.- La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicárselo a los hijos.

No se trata de que los hijos vivan con un padre que no puede atenderles personalmente, y no con el otro que sí puede dedicarles esta atención. La disponibilidad es un parámetro indiscutible a ponderar.

En este sentido, la indisponibilidad de los padres para mantener un trato directo con los hijos en el periodo alterno que les correspondiere, en muchos casos suscitada por la alta dedicación profesional del progenitor, constituyen un obstáculo a la fijación del régimen, si el otro tiene una ocupación menor absorbente⁸⁶. Pero no por ello podemos afirmar que la mayor disponibilidad horaria es suficiente para conceder sistemáticamente la guarda y custodia al progenitor que dispone de ella.

Sentencias como la dictada por la AP de Girona, sección 1^a, 325/2012, de 27 de julio (Ponente: D. Fernando Ferrero Hidalgo) aprecian que la plena disponibilidad laboral de ambos progenitores, entre otros factores, favorecen el ejercicio conjunto de las hijas.

Por otra parte, la disponibilidad del progenitor se puede complementar con la ayuda de sus padres, abuelos paternos del menor, ya que la posibilidad de que los abuelos colaboren es un elemento que puede ser esencial para el establecimiento de la custodia compartida puesto que es una garantía de que el niño va a estar bien atendido, al igual que ocurre en una gran cantidad de familias y parejas en las etapas en las que permanece la convivencia conyugal⁸⁷.

B.- El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio.

⁸⁶PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, op. cit., pág., 78.

⁸⁷ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la persona*. "Efectos y medidas de la ruptura conyugal. Tomo IV". Op. cit., pág., 190.

C.- La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad.

Ambos padres deben estar razonablemente capacitados para asumir las responsabilidades de cuidado del menor; su implicación y nivel de afecto deben ser similares⁸⁸.

D.- El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación.

E.- La garantía del equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves de alguno de los progenitores.

F.- Que quede deslindada la idoneidad de la guarda, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones.

En muchas ocasiones se comete el error de considerar que si cada cual tiene a los hijos el mismo tiempo y, por tanto, cada cual los alimenta en su periodo, nada mas hay que pagar ni que satisfacer en relación a ellos. Y es que, en ocasiones, la custodia compartida se convierte en moneda de cambio de otras peticiones en el ámbito del divorcio.

La custodia compartida no puede ser impuesta y jamás debería otorgarse ante indicios de que la misma es solicitada como medida de negociación de otras variables dentro del proceso de ruptura.

Hay también otros factores importantes que hay que tener en cuenta y a los que no hemos hecho referencia hasta ahora.

1.- Como afecta la conflictiva relación entre los progenitores en el establecimiento de una guarda y custodia compartida.

⁸⁸ LATHROP GOMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, op. cit., pág., 501.

Ante un conflicto sobre la guarda y custodia es importante para el juez averiguar si de verdad existe ese conflicto de custodia real y cuáles son las motivaciones de cada uno de los progenitores.

En este sentido, puede afirmarse, sin temor a error, que una premisa indispensable para la concesión de esta medida familiar se configura como la necesidad de que los progenitores logren superar sus diferencias personales y actúen con relación, y frente a los hijos, con un altísimo grado de consenso, ya que la buena y armónica relación entre los que un día fueron cónyuges no solo es un presupuesto legal, sino que se convierte en la base, en el fundamento para el éxito de esta fórmula⁸⁹.

Pese a ello, los progenitores no tienen obligación ni necesidad de mantener una relación excelente entre ellos. Si así fuera probablemente mantendrían la relación conyugal y no se hubiera producido la separación. Es natural que tras una ruptura de pareja exista un distanciamiento entre quienes fueron esposos, mas existiendo hijos comunes se ha de imponer que se esfuercen por mantener una relación mínima de colaboración respecto a las responsabilidades que han de compartir con sus hijos. La jurisprudencia del TSJ de Cataluña en su Sentencia de 16 de julio de 2011 establece que únicamente en casos de grave conflictividad es desaconsejado el sistema (también en SSTSJ n° 29/2008 y 24/2009).

En opinión de PEREZ SALAZAR-RESANO⁹⁰, “tal vez debamos aceptar que la custodia compartida puede ser una medida adecuada en situaciones que admiten cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores. No creo que sea preciso un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres”.

⁸⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia María “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores” BIB 2011/1141. Publicación: *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 825/2011.

⁹⁰ PEREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial Le Ley. Pág., 13.

Y es que no puede exigirse en sentido estricto la ausencia de conflictividad entre los progenitores, pues ello podría transformar la custodia compartida en una figura de nula aplicación, de relevancia puramente teórica, considerando que no existen crisis matrimoniales libres de discrepancias.

El Tribunal Supremo, sala primera, de lo Civil en la Sentencia 757/2013, de 29 de noviembre, (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana) manifiesta que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, al interés del menor (STS 22 de julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos.

La Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de menores, estableció que "para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal" en aras del beneficio del bien común.

Es frecuente ir encontrando cada vez más resoluciones judiciales para las que esta modalidad de guarda no debe automáticamente excluirse ante cualquier grado de conflictividad. En este sentido, afirmar que por la ausencia de buenas relaciones entre los progenitores se rechaza la custodia compartida equivaldría a dejar al arbitrio de uno de los progenitores la efectividad de un derecho que corresponde al menor y del que se podría ver privado sin justa causa. La jurisprudencia del TSJ de Cataluña en su Sentencia de 16 de junio de 2011 establece que únicamente en casos de grave conflictividad es desaconsejado el sistema.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 466/2012, de 29 de junio el informe de la psicóloga expresa que tanto el actor como la demandada valoran positivamente la actitud del otro respecto a las hijas, pese a no llevarse bien ni haber comunicación entre ellos.

Hay sentencias que desaconsejan la custodia compartida cuando no existe una posibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo entre los progenitores, por entender que su ejercicio adecuado es imposible⁹¹.

B.- Asimismo, es relevante la buena relación existente de cada uno de los progenitores con los hijos.

Esta relación puede ser susceptible de excluir la constitución del sistema de custodia compartida, de la misma forma que determina la atribución de la guarda exclusiva al otro progenitor. Una mala relación con uno de los progenitores es valorada para excluir la custodia compartida en la jurisprudencia.

GUILLARTE MARTÍN-CALERO⁹², considera que la valoración de la relación que los progenitores tienen entre sí y con sus hijos es un criterio determinante, pues las trabas y dificultades del progenitor custodio en la relación del hijo con el otro progenitor son, junto con otros aspectos, el origen del distanciamiento entre estos.

C.- El éxito del funcionamiento de la custodia compartida depende en gran medida, de la confianza que cada progenitor deposite en las capacidades parentales del otro.

Existen opiniones al respecto que dicen que la guarda compartida resulta adecuada en aquellos supuestos en que existe un acuerdo entre los progenitores, ya que si ambas partes no consideran su viabilidad y sobre todo, no la quieren, es muy difícil poder llevar su práctica a cabo⁹³. El hecho de que la guarda y custodia compartida sea el sistema elegido por el legislador como más adecuado para los hijos, no significa que en

⁹¹ AP Pontevedra, Sec. 1.ª, 480/2012, de 21 de septiembre (Ponente: D. Francisco Javier Menéndez Estebanez)

⁹² GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: "Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil" en GUILLARTE GUTIÉRRES, Vicente y otros: *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio*, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España 2005. Pág. 177-178.

⁹³ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la persona. "Efectos y medidas de la ruptura conyugal. Tomo IV."*. Op. Cit., pág., 208

todos los casos sea el más beneficioso para ellos. Y en este sentido si los progenitores no están de acuerdo con la misma y ninguno solicitó su adopción, su cumplimiento no resultará fácil (SAP Cáceres, Sección 1ª, 128/2013, de 22 de mayo).

D.- Otro punto que hay que considerar es el relativo a los criterios educativos que mantienen los progenitores.

La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común, que contemple pautas homogéneas sobre las cuales desarrollar el cuidado del mismo, es un criterio a tener en cuenta⁹⁴. Pero pese a no haber concordancia en cuanto a los modelos educativos, la Sentencia de la AP Murcia, Cartagena, Sección 5.ª, de 26 de junio de 2012, establece que ello no afecta en modo alguno a la custodia compartida, siempre que tengan capacidad para mantener los roles del otro progenitor frente a los hijos, pese a los problemas de comunicación que puedan tener en sus relaciones personales. Eso demuestra que, afortunadamente, ambos hacen prevalecer el interés de los menores sobre sus propios intereses o sentimientos personales.

E.- La proximidad geográfica entre los domicilios de los progenitores.

El interés de los hijos aconseja alterar su entorno lo menor posible, pues eso contribuye a su equilibrio emocional. Las distancias entre las residencias de los progenitores pueden hacer imposible la alternancia. Por ello, la proximidad geográfica entre los domicilios resulta muy favorable en los casos de custodia compartida, pues implica el mantenimiento para los hijos de su centro escolar, su círculo de amistades, actividades extra-escolares, médico, etc.⁹⁵. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, 175/2013, de 26 de junio (Ponente: Dª María Teresa Vázquez Pizarro) en su fundamento segundo entiende que no se atiende al interés de la menor, “dado que cada uno de sus progenitores vive en una localidad diferente, por lo que el cambio de domicilio supondría un cambio de todas las circunstancias diarias y habituales de la menor: colegio, amistades, actividades extraescolares, etc. Lo que no favorecería una estabilidad y desarrollo adecuados.”

⁹⁴ LATHROP GOMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, op. Cit., pág., 500 y PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, op. Cit., pág., 78.

⁹⁵ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la persona*. “Efectos y medidas de la ruptura conyugal. Tomo IV”. Op. cit., pág., 217.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, 174/2013, de 27 de junio (Ponente: Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro) rechaza la custodia compartida por vivir los progenitores en distintas localidades, lo que obligaría el traslado diario de la menor para asistir al colegio cuando conviviera con el padre (SAP Huelva, Sección 1ª, 52/2007, de 30 de marzo).

En la misma línea opera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, 135/2012, de 7 de septiembre (Ponente: Rafael Juan Sanjose) cuando rechaza la custodia compartida, “puesto que la residencia de ambos progenitores, a más de 500 kilómetros de distancia, y las propias manifestaciones del perito, en cuanto a lo inadecuado de los desplazamientos y cambios de residencia de la menor, hacen que la custodia compartida no cumpla con el interés de ésta, puesto que perdería totalmente la estabilidad que le hace falta, teniendo además en cuenta que no es adecuado, ni entra dentro de la lógica que se obligue al menor a cambiar de residencia y por tanto de centro escolar a mitad de curso académico, como tampoco es posible obligar al progenitor que viva en lugar distinto al del domicilio de la hija, a desplazarse 500 kilómetros para establecer su domicilio temporalmente en dicha localidad.”

F.- La edad de los menores no parece un criterio determinante a la hora de establecer la custodia compartida, aunque en el pasado sirvió como fundamento para su exclusión⁹⁶.

En relación a los hijos, suele mantenerse que cuando son muy pequeños resulta más difícil llevar a la práctica un sistema de guarda y custodia alternada, por la necesidad de acercamientos afectivo del niño a una de las figuras parentales a través de

⁹⁶ Ciertos especialistas catalogaban de nociva la custodia compartida en niños de corta edad. Esto se conoce como “Doctrina de los años tiernos”; se resaltaba el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como figura secundaria y superflua, defendiendo la necesidad de establecer una edad mínima como límite para ser alcanzado por la custodia compartida. Sin embargo, recientes estudios lo contradicen, alegando el contacto frecuente es aun más necesario en edades tempranas, en vista de que se tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las relaciones, si bien es imposible negar la necesidad biológica que une al menor con su madre. Esta doctrina asume implícitamente que el interés del niño es permanecer con su madre, por las razones señaladas, y en la legislación española ha estado vigente, con diversas modalidades, hasta 1990. Cfr. RODRIGUEZ; “Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia” *Futuros*, nº9, vol. III (2005), pág. 6

una convivencia continuada con él. En todo caso, cuando el menor es muy pequeño, los periodos de cuidado que asuman uno y otro de los progenitores deben ser frecuentes, aunque no sean muy largos en su duración, ya que para un niño de corta edad resulta muy difícil crear un vínculo afectivo con un progenitor al que no ve en quince días. En este sentido puede, en definitiva, realizarse una guarda compartida a través de la división de tiempo que en un solo día pueden pasar el padre y la madre con el pequeño. También existen menores con características personales que requieren especiales atenciones y entonces puede resultar muy complicado realizar alternancia en la convivencia con uno y con otro de los progenitores.

En conclusión, no basta con exponer teorías jurídicas y psicológicas, como señala la Sentencia de la AP Barcelona, Sección 12.^a, de 27 de febrero de 2013. Es una equivocación pensar que pese a concurrir todos y cada uno de los presupuesto enumerados, resulte siempre beneficioso para el menor la custodia compartida, ni que, de no concurrir alguno de ellos, deba denegarse sin más dicho sistema de custodia. La dinámica de las relaciones familiares, tanto la anterior como la posterior a la ruptura de pareja, es extraordinariamente compleja y variada, y son dicha dinámica y las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia los que determinarán cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Lo importante es asegurar que para cada caso concreto la opción que se adopte sea la mejor para los hijos menores, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

Se ha de tener en cuenta que la custodia compartida no puede ser concebida como un premio o una recompensa para uno de los progenitores o una reprobación para el otro. La decisión ha de ser adoptada sobre la base del interés del menor. Es muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 2010: “(...) la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor (...)”.

La edad de los menores ha sido un parámetro que siempre ha pesado. Uno de los argumentos más utilizados para no adoptar la custodia compartida, ha sido el criterio prejuicioso de que los hijos de corta edad se encuentran mejor protegidos en sus intereses bajo la guarda y custodia exclusiva de la madre. Hasta la reforma por Ley 11/1990, de 16 de octubre, el artículo 93 CC, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexos, disponía que los menores de siete años quedarían con la madre.

Sobre ese punto se ha pronunciado la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), en su fundamento jurídico 8º, al sostener que este derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distinguos en función de la edad de los niños o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden y deben ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de los hijos.

ROMERO COLOMA⁹⁷ sostiene que la madre es la persona preferente para ejercer la custodia de los hijos, sobre todo cuando éstos son aún de corta edad. En ese sentido, agrega, el sistema de custodia compartida es poco adecuado para los hijos recién nacidos (bebés) y es especialmente inadecuado para los menores de cinco años.

No obstante, todos y cada uno de estos criterios no pueden considerarse de forma aislada, sino que deben unirse.

⁹⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La guarda y custodia compartida: Análisis y problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial Le Ley, pág., 12.

X. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

La ley estatal 15/2005 que regula el divorcio contempla la existencia de la custodia compartida. Pero, en cualquier caso, la custodia compartida suele concederse excepcionalmente, cuando ambos padres la solicitan. Es decir, cuando los padres no están de acuerdo y el Juez ha de decidir poniendo por encima de todo el beneficio de los menores implicados, tradicionalmente lo ha hecho otorgando la llamada custodia individual.

Sin embargo, los defensores de la custodia compartida creen que aventaja a la custodia individual, tanto desde el punto de vista de los hijos como de los padres.

El modelo de custodia compartida gana peso en Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia; y es que estas Comunidades Autónomas han desarrollado sus propias leyes en lo referente a la guarda y custodia compartida, estableciendo unas directrices más claras para algunos asuntos e inclinando la balanza con más o menos determinación hacia la custodia compartida.

1. La custodia compartida en la Ley catalana 25/2010

La reforma legal Catalana otorga preferencia⁹⁸ a la custodia compartida de los menores en los procedimientos de separación o divorcio con hijos, cuando la Ley 25/2012, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia⁹⁹, dice que la guarda y custodia ha de ejercerse conjuntamente en la medida de lo posible y que la custodia individual es excepcional y debe obedecer al mayor interés de los menores.

Esta reforma no utiliza el término custodia compartida, sino que habla de establecer un sistema que denomina “responsabilidad parental compartida¹⁰⁰”, en los casos que el divorcio no sea de mutuo acuerdo. La normativa exige que los padres preparen un *plan de parentalidad*¹⁰¹ independientemente de si hay acuerdo entre las

⁹⁸ Hay que poner de manifiesto que, si bien es cierto que la nueva regulación modifica sustancialmente la anterior, tampoco apuesta claramente por una guarda y custodia compartida, como sí se ha hecho en otras Comunidades Autónomas como Aragón, que de forma expresa y clara obliga al juez a que como criterio preferente otorgue el ejercicio de la guarda de forma compartida entre ambos progenitores.

⁹⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

¹⁰⁰ En agosto de 2010, el Libro II del Código Civil catalán de persona y familia, se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida. Cada uno de los padres presentará un plan de parentalidad en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el juez tratará de conciliar.

¹⁰¹ Es un proyecto por escrito que se tiene que mostrar al juez en el que se explica cómo van a desempeñar sus responsabilidades, de qué forma se pondrán de acuerdo y tomarán decisiones en asunto relevantes y qué tareas podrá realizar cada uno.

El código establece el *Plan de parentalidad* (art. 233-9) como un instrumento para ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos ante la separación de los progenitores. No obliga a un tipo de organización, sin embargo exhorta a los padres a determinar ellos mismos los detalles y la logística así como el cuidado de sus hijos. El *Plan de parentalidad* pretende concretar de forma exhaustiva la manera en que ambos progenitores ejerzan sus responsabilidades parentales y los compromisos que asuman respecto de la guarda y custodia y educación de los hijos, enumerando no menos de ocho extremos (lugar en el que los hijos vivirán habitualmente, determinándose a qué progenitor corresponderá la guarda en cada momento; tareas de las que cada progenitor se responsabilizará en las actividades cotidianas de los hijos; forma de llevar a cabo los cambios de la guarda y cómo se repartirán los costos que generen; régimen de visitas de un progenitor con los hijos en los períodos en que no los tenga consigo; estancias de los hijos con cada uno en los periodos vacacionales y en las fiestas

partes o no.

Hay que poner de manifiesto que en el art. 233-8 CCCat se afirma que las responsabilidades parentales *mantienen un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente*, y se añade que *la autoridad judicial ha de atender de manera prioritaria al interés del menor*, si bien, será ejercitada de manera individual si conviene más al interés del menor, y a falta de acuerdo será la Autoridad Judicial la que decida la atribución de la guarda y custodia.

En este sentido, y por primera vez se enumeran los criterios para que el Juez pueda determinar y valorar el régimen de guarda más adecuado para el menor (artículo 233.11¹⁰² CCCat). Entre otras cosas, se tendrá en cuenta la relación que tienen de los progenitores con el menor, la relación entre ambos progenitores, el tiempo que cada progenitor ha dedicado a su hijo antes de la ruptura, el entorno que pueden proporcionar a su hijo, la distancia entre los domicilios y obviamente la voluntad del hijo.

Si bien es cierto que se ha de tener en cuenta la opinión expresada por los hijos, el interés del hijo no puede valorarse solamente por los deseos expresados por éste.

Y, además, se han de valorar los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento, es decir, al contenido de los acuerdos que se adoptaron si fuere el caso entre los progenitores anteriormente al procedimiento de solicitud de custodia compartida.

señaladas para hijos, progenitores y resto de la familia; tipo de educación y actividades extraescolares; forma de compartir la información sobre la educación, salud y bienestar de los hijos; y forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y otras cuestiones relevantes de los hijos).

102 A saber, algunos de los criterios que establece la ley son los siguientes: se ha de atender a la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; se ha de tener en cuenta también la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; habrán de ser ponderadas igualmente las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del domicilio de éstos para que no afecte las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares.

En el caso de que los padres no estén de acuerdo en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, no es cierto que debía otorgarse con carácter preferente la guarda y custodia compartida. El Juez deberá examinar los criterios enumerados anteriormente para determinar si se puede establecer una guarda y custodia compartida, o bien resulta aconsejable para los intereses del menor que viva con uno de ellos, siempre salvaguardando claro está el derecho de visitas del progenitor no custodio.

Sin embargo, y a pesar de la nueva regulación, se deberá estudiar cada caso para determinar si es aconsejable o no la guarda compartida. Será entonces el Juez el que deberá determinar cuál es la mejor opción para el correcto cuidado del menor.

Lo cierto es que el espíritu de la ley 25/2010 que queda reflejado en su Exposición de Motivos deja claro que la citada preferencia no lo es en términos absolutos, sino que puede quedar relativizada a la luz de las circunstancias concretas que se han de observar y valorar detenidamente en cada caso. La Exposición de Motivos dice que *eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que el libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.*

Además del *Plan de parentalidad*, en esta reforma catalana se intenta potenciar el uso de la mediación familiar que en muchas ocasiones soluciona conflictos, acercando posiciones y mejora el diálogo entre los progenitores.

Otra diferencia novedosa del Código Civil Catalán es que establece que los acuerdos alcanzados por los cónyuges al margen del convenio regulador son vinculantes para ellos, salvo en lo que respecta a la guarda y custodia y al pago de la pensión de alimentos; eso sí, matiza que cuando los acuerdos se han alcanzado sin la asistencia de un abogado, cualquiera de las dos partes puede suspenderlos.

2. La custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010

De entre todas las leyes destaca la legislación Aragonesa que ha sido pionera al otorgar prioridad a la custodia compartida.

El Código de Derecho Foral de Aragón incluye la Ley 2/2010, de 26 de mayo, aprobada por las Cortes de Aragón, sobre igualdad en las relaciones familiares ante la

ruptura de la convivencia de los padres¹⁰³, denominada generalmente como “ley de custodia compartida”; la cual ha sido situada dentro del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprobó con el título “Código Foral de Aragón” el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

Su intención, tal y como declara la Ley en su preámbulo¹⁰⁴ es promover el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos progenitores, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer¹⁰⁵.

Según el Preámbulo de la Ley la custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres.

Se elimina la excepcionalidad de la custodia compartida y será el juez quién determinará el sistema más conveniente, atendiendo al interés superior del menor. En el artículo 6.2 dice que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores*, ahora bien, estableciendo como cautela que será así (custodia compartida) salvo que la custodia individual sea más conveniente.

¹⁰³ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE núm. 151, de 22 junio de 2010).

¹⁰⁴ *La principal medida que adopta la ley es considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente.*

¹⁰⁵ El principio de protección de la familia e infancia se reconoce en el art. 39 de la Constitución española, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

Según dispone la Ley en su artículo 1.2 su finalidad consiste en promover, en los casos que se produzca una ruptura de la convivencia de los padres, propiciar unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos.

El principio *favor filii*¹⁰⁶ inspira como vemos todo nuestro ordenamiento jurídico, y no podía ser menos en la legislación aragonesa.

En el artículo 6 de la Ley 2/2010 se regula el supuesto en que cualquiera de los progenitores, ya sea por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida¹⁰⁷ por ambos o por uno solo de ellos.

A la hora de valorar¹⁰⁸ el Juez la decisión sobre qué tipo de custodia compartida o individual puede establecer, ha de basarse en el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, junto a la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de guarda y custodia y alimentos de hijos menores en el caso de parejas no casadas, según entendemos.

En los supuestos de expresa “no atribución” de la guarda y custodia a un

¹⁰⁶ Las resoluciones que se adopten y que afecten a los hijos menores de edad se hará siempre velando por el beneficio e interés de éstos (art. 2.2 LAIRF)

¹⁰⁷ GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en *Diario La Ley*, nº 7537, 2010, pág. 3, se plantea si podría el Juez establecer la custodia compartida si ninguna de las partes lo solicita y sin que exista pretensión subsidiaria de custodia compartida (por ejemplo que solicite la custodia individual para sí, y en caso de que no se estimase, la custodia compartida). En el caso de que ambos solicitasen la custodia individual para sí mismos y se opusieran a la custodia compartida, pese a que el Juez estimase que fuese beneficiosa para los menores, aunque no rijan los principios de rogación y congruencia por el carácter indisponible de la pretensión (artículo 751 LEC), no parece que en asuntos como los de familia, se pueda ir contra la voluntad de las partes, de igual modo que no se puede conceder la guarda y custodia a un progenitor que no la haya solicitado.

¹⁰⁸ Además, la ley (artículo 80) indica otros factores a valorar por el Juez, como la edad de los hijos; el arraigo social y familiar de los hijos; la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, *Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón*, op. cit., pág., 1-7.

progenitor, la Ley Aragonesa en su artículo 6.6 es clara y difiere de lo establecido en el C.C.; establece que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida¹⁰⁹, cuando ese progenitor que solicita la guarda y custodia individual o compartida, esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos. Pero no basta que exista únicamente una denuncia; la Ley establece el requisito de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco se le concederá la guarda y custodia cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas (entendemos que se hayan vertido o realizado en el proceso de familia que se esté sustanciando), la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

¿A quien se atribuye el uso de la vivienda?

Esta cuestión se dilucida en el artículo 7 de la ley 2/10 y se establece como regla general, para los supuestos de guarda y custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se le va a conceder al progenitor que tenga más dificultad de acceso a una vivienda, por razones objetivas y, en caso de que haya una igualdad en cuanto a las condiciones de ambos, será el Juez el que decida el destino de la vivienda, siempre en función del mejor interés para las relaciones familiares.

En todo caso, la Ley pretende que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal¹¹⁰ que, si no hay acuerdo será fijado el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

¹⁰⁹ El artículo 92.7 del Código civil únicamente se refiere a la custodia compartida. CASTILLA BAREA, Margarita, *Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, Aranzadi Civil, nº 7/2010 (estudio), Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2010, pág. 42, lo señala como una novedad importante que ataja el defecto de la norma estatal que no exigía resolución judicial firme al decir “estar incurso en un proceso penal iniciado...” y que, no aclara el tipo de decisión que tiene que ser esa “resolución judicial motivada” y que en opinión de la autora bastaría con un auto motivado de enjuiciamiento.

¹¹⁰ Esta salvedad me parece muy importante para evitar abusos por parte del progenitor custodio, ya que no podemos considerar los derechos como ilimitados.

La Ley 2/2010 establece en su Título III la mediación familiar¹¹¹. El Gobierno de Aragón facilita este servicio¹¹².

En el artículo 4 de la Ley 2/10 se establece la mediación familiar como un cauce potestativo de solución de sus discrepancias familiares de manera previa a ejercitar ejercicio de acciones judiciales, aunque también recoge la posibilidad de acceder a este recurso se puede realizar incluso una vez iniciado el procedimiento judicial.

¿La custodia compartida prevista por la Ley, es de aplicación automática o no?

En Aragón, la custodia compartida es la opción que en principio se considera más beneficiosa para los hijos menores y la que debe elegir preferentemente el juez, a falta de acuerdo de los padres, incluso aunque uno de ellos se oponga.

En unas Jornadas, sobre Derecho Foral Aragonés, organizadas por la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, en abril de 2013 se estudiaban las sentencias dictadas por los distintos juzgados en los dos últimos años, llegándose a las siguientes conclusiones:

Que el número de custodias compartidas en Aragón, se ha duplicado respecto de las que se acordaban, antes de la ley citada.

Que aún así, apenas rebasan el 20% del porcentaje total, que sigue siendo de custodias individuales del padre o de la madre. Además, la mayor parte de las custodias individuales, concretamente nueve de cada diez, se asignan a la madre.

En la mayor parte de los casos, la custodia compartida se distribuye entre los padres por semanas alternas, en su defecto por meses y muy excepcionalmente, por cursos escolares o años.

De acuerdo con el espíritu de la Ley, se ha producido una considerable ampliación del régimen de visitas, a favor del padre o madre que no tiene la custodia,

¹¹¹ Según la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/2010, se entiende por mediación familiar “el servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado que afecten a menores de edad derivados de la ruptura de la pareja, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas”.

¹¹² Se prioriza su acceso a las personas que sean derivadas desde la Administración de Justicia o desde los servicios sociales, con el fin, entendemos, de evitar la litigiosidad en temas de familia.

entendiendo que es fundamental evitar que ningún menor, pierda el contacto con cualquiera de los padres y que éstos sigan responsabilizándose de la educación de los hijos.

En definitiva por tanto, la Ley valora las importantes ventajas de la custodia compartida y la promueve, pero corresponderá al buen criterio del Juez, decidir de acuerdo con las circunstancias particulares que en cada caso concurren.

3. La custodia compartida en la Ley valenciana 5/2011

Siguiendo el modelo aragonés, la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ha otorgado prioridad a la custodia compartida frente a la monoparental en los casos de crisis matrimonial.

La presente Ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana¹¹³.

En Valencia, la custodia compartida¹¹⁴ es la regla general. En su artículo 5 dice la referida ley que a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial atribuirá, como regla general, a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos¹¹⁵. Añade que antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de

¹¹³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil.

¹¹⁴ La presente ley entiende el régimen de custodia compartida como un “sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”.

¹¹⁵ Por tanto, ninguna sentencia debería fundamentar la no concesión de una custodia compartida, en la mala relación entre los progenitores y, por ende, ningún informe pericial debería incluir en sus conclusiones que esa mala relación impide tal concesión, pues no resultaría congruente con lo expresado por la ley.

ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta una serie de factores¹¹⁶.

No obstante, el Juez puede excepcionalmente atribuir la custodia individual al padre o a la madre para garantizar el interés del menor, siempre que así lo aconsejen los informes sociales, médicos y psicológicos que procedan. Es decir, la custodia monoparental se prevé como excepción a la compartida que se erige como regla general. Además, y esto es una novedad legal, puede establecer que se supervise cómo se desenvuelve la familia y cambiar el régimen de custodia a la luz de los informes recibidos.

En este sentido, cabe hacer alusión a la primera sentencia que el juzgado de primera instancia número 6 de Elche (Alicante) dictó en la que se debía resolver sobre guarda y custodia de un menor con aplicación de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en la que se ha acordado un régimen de convivencia compartida, en consideración a la corta edad de la menor, que tiene en estos momentos nueve meses.

Dicha Sentencia, acuerda declarar el divorcio, el ejercicio compartido de la patria potestad sobre la menor y el régimen de convivencia, que será compartida, con aplicación de forma progresiva, ya que atiende a la corta edad de la menor, un bebé de nueve meses.

Ante la falta de acuerdo existente entre las partes, la juez ha decidido aplicar la convivencia compartida de la menor, atendiendo a su interés, que “debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores”.

Según argumenta la Sentencia, “dado que la ruptura familiar, como efecto inherente, genera un cúmulo de consecuencias que inciden en los ámbitos personal, familiar y patrimonial de quienes la conforman, y configura, por sí misma, un nuevo régimen, en el que se diluyen los derechos y obligaciones preexistentes, cuando no existe consenso entre los progenitores, la solución judicial debe remediar la situación, estableciendo, en beneficio del menor, aquellas previsiones mínimas que exige la nueva

¹¹⁶ La edad de los hijos e hijas; la opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años; la dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor; los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores; la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad; y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

situación derivada de la ruptura”.

Igualmente, continúa, “no existe otro interés distinto que la salvaguarda del beneficio del menor, de modo que la resolución será tanto más ajustada a Derecho cuanto más se ajuste a ese parámetro, en busca del desarrollo integral del menor y de su personalidad, lo que determina que este criterio predominante absorba a cualquier otro, aún legítimo, que pudiera resultar irrevocable”.

De esta manera, se ha acogido al artículo 5.2 de la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares, que apunta que por régimen de convivencia compartida *debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí, con sus hijos menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.*

Según indica el fallo, ambos progenitores tiene trabajos que les permiten conciliar la vida familiar y laboral, tienen sus respectivos domicilios en Elche y los dos se han hecho cargo del cuidado de la menor de forma equiparable, como “cambio de pañales” y “baño”.

Apunta además que, en este caso, al tener nueve meses, debe “tenerse en cuenta que los niños más pequeños, desde el nacimiento hasta los dos años, tienen un pensamiento concreto, por lo que carecen de perspectiva temporal, lo que hace que la frecuencia de los contactos sea fundamental en esta etapa para garantizar el apego a sus cuidadores”.

Además, la sentencia contempla que debe “tenerse en cuenta que la separación prolongada de los menores de cualquiera de ambos progenitores durante los primeros seis años de vida no resulta beneficiosa” para ellos, “especialmente a nivel de establecimiento de vínculos afectivos”.

A este respecto, indica que esta separación de los progenitores “repercute considerablemente en su desarrollo psicológico y físico posterior, con minimización de los efectos de la influencia que pueda ejercer cualquiera de los dos progenitores sobre el menor y evitación e sentimiento de abandono”.

Por ello, concluye que el desarrollo evolutivo de los menores “requiere un aumento progresivo del contacto con el padre, sin introducir la pernocta hasta los 18 meses, pero preparándola con una ampliación de estancias a partir del año, e incrementándola progresivamente hasta llegar a los tres años a una distribución

igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos, que a partir de los seis años, pasará a ser de semanas alternas y mitad de las vacaciones en verano”.

Así, pese a la petición de la madre, que pretendía un régimen de convivencia individual, la sentencia impone un régimen de convivencia compartida, que era la aspiración del padre.

4. La custodia en la Ley Foral 3/2011

Navarra cuenta desde 2011 con su propia regulación sobre la guarda y custodia de los hijos menores en los casos de ruptura de la convivencia de los padres¹¹⁷, la Ley Foral 3/2011¹¹⁸.

Es una Ley que sin llegar a establecer expresamente que la custodia compartida sea prioritaria, pretende reforzarla, si bien recoge la regulación menos avanzada en el ámbito autonómico.

En el caso de Navarra, al igual que recoge la norma estatal, es el Juez quien decide¹¹⁹ sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores.

Concretamente, se ha suprimido de la ley el artículo que establecía que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores*. En su lugar, la ley que deberá ratificar ahora el pleno señala que *el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores*.

¹¹⁷ Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Boletín Oficial de Navarra núm. 60, de 28 de marzo de 2011).

¹¹⁸ Finalmente, la ley dejó de llamarse “ley de custodia compartida” para denominarse “ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres”.

¹¹⁹ El Juez, además, decide teniendo en cuenta factores de juicio como la edad de los hijos; la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; el arraigo social y familiar de los hijos; la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; la aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, o los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

La presente Ley Foral apuesta porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores¹²⁰.

Eso sí, en la regulación estatal el Juez puede decretar la custodia compartida aunque ninguno de los padres la haya solicitado, una cuestión que no sucede con la normativa foral, que recoge la necesidad de que al menos uno de los padres lo solicite ante el Juez. La ley dice que si no hay acuerdo entre los padres, se debe intentar conciliar el interés de los hijos con la igualdad de los padres en sus relaciones con ellos, lo que inclina tímidamente la balanza en favor de la custodia compartida.

La normativa foral, al igual que la estatal, facilita el acuerdo entre los padres a través de la mediación familiar¹²¹, y es que los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar, con vistas a lograr un acuerdo.

Aprobaron una nueva redacción del capítulo referido a la mediación familiar y establecieron la obligación de que "el Gobierno de Navarra facilitará un servicio de mediación familiar público e imparcial para las partes".

Por otra parte, la ley foral impide la custodia de hijos por parte de padres procesados en casos de violencia de género, y especifica al respecto que "la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos".

Es necesario resaltar, que la aprobación de las legislaciones aragonesas y catalana hizo que el legislador Español se planteara la conveniencia de priorizar la

¹²⁰ *La ruptura de la convivencia de los padres no les exime de sus obligaciones para con los hijos, lo que conlleva que deben adoptarse determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, con respeto a la igualdad entre hombres y mujeres, exposición de motivos, Ley Foral 3/2011.*

En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos, artículo 3.4 Ley Foral 3/2011.

¹²¹ Se aprobó una disposición adicional en la que se obligó al Gobierno a presentar, en el plazo de seis meses, un decreto foral "en el que regulará la organización, el funcionamiento, las competencias y las atribuciones de los servicios de mediación familiar, para la resolución de los conflictos familiares".

custodia compartida frente a la custodia exclusiva o unilateral. Así, el Senado aprobó con fecha 21 de julio de 2010 una moción que instaba al Gobierno a “realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida sea considerada como un modelo preferente en los procesos de separación o divorcio siempre en defensa del interés superior del menor y del derecho de los hijos a disfrutar de una adecuada relación paterno filial con su padre y su madre¹²².”

XI. CUESTIONES RELATIVAS A LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS MATERIALES. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En relación con la custodia compartida, que es el objeto del presente trabajo, aparecen diversos aspectos materiales tales como el uso de la vivienda familiar¹²³.

¹²² Publicada en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Senado, Serie I, número 500, de fecha 19 de julio de 2010, número de expediente 662/000128. Vid., al respecto: HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: “Sobre la Necesidad de una Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en Revista Actualidad Civil, número 10, Quincena del 16 al 31 Mayo de 2011, Tomo 1, Editorial La Ley, (LA LEY 6638/2011), pág., 1131

¹²³ Respecto a esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, 200/2007, de 12 de febrero (Ponente: Dª. Miriam de la Fuente García) señala que: “El art. 40 del Código Civil considera que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual. No puede menos de estimarse residencia habitual de una persona, y por ello su domicilio, la población adonde la misma traslada su casa y familia para ejercer en aquella su profesión u oficio (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1906 y 27 de enero de 1908). El domicilio tiene una dimensión plural amplia. El real corresponde a la residencia permanente e intencionada en un lugar; tiene en cuenta la efectiva vivienda y habitualidad con raíces familiares y económicas (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 enero 1993 y otras semejantes de 3 diciembre de 1955 y 18 mayo de 1956). Y, por tanto, si entendemos como domicilio familiar lugar donde de manera permanente, estable e intencionada y como centro de su convivencia íntima, reside de forma habitual la unidad familiar- padres e hijos- hasta el momento de producirse la crisis, entonces, el pronunciamiento previsto en el art. 96.1 del CC únicamente puede ser referido a la vivienda familiar que expresamente contempla, cualquiera que fuera la razón por la que un determinado domicilio pudiera ser incluido en este concepto, máxime, si es debido a razones profesionales de alguno de los progenitores o de escolarización de los hijos. No puede equipararse a domicilio familiar *strictu sensu* la llamada “segunda vivienda”, cuya adscripción al

La atribución del uso de la vivienda es una medida que se dicta en beneficio de uno de los cónyuges, a quien se le concede la facultad de seguir utilizando la vivienda, y en correlativo perjuicio del otro consorte, a quien se le priva de dicha posibilidad.

El derecho a uso de la vivienda familiar queda recogido en el artículo 96¹²⁴ CC, cuando dice que a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que se encuentren en el domicilio corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142¹²⁵ CC).

El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y que esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Lo que condiciona en el precepto legal la atribución del derecho del uso, es la asunción de la guarda y custodia de los hijos menores.

En relación a lo anterior, a nadie le puede extrañar que una vez iniciado el proceso de separación o divorcio, las partes reclamen para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores, y que este reclamo encubra disputas sobre el uso exclusivo de

servicio y utilidad familiar cumple una función ajena a la de propio y verdadero domicilio para incardinarse dentro de la mejor cobertura del tiempo de ocio, y por ello sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, no haya sido extraño atribuir el uso del domicilio familiar propiamente dicho a los hijos y al progenitor custodio y el uso de la segunda residencia, según los casos, al otro progenitor o incluso alternativamente a uno y otro para poder disfrutar ambos de las vacaciones con los hijos -todo esto último, según cada caso atendidas las circunstancias, de la titularidad de los bienes, necesidades, etc.-."

124 El artículo 96 está redactado por Ley 30/1981, 7 julio («B.O.E.» 20 julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Así pues, la reforma 2005 no afrontó su modificación.

125 Artículo 142 CC: *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

la vivienda familiar. Es evidente que, el hecho de establecer automática y obligatoriamente la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, constituye un obstáculo para la consecución de acuerdos de guarda y custodia compartida.

En esta materia, el legislador no ha previsto criterios legales de atribución del uso de la vivienda familiar para los supuestos de custodia compartida. El párrafo 1º del artículo 96 CC no es aplicable en los supuestos de guarda compartida al no encontrarse los hijos en la compañía de uno sólo de los progenitores, por lo que es preciso acudir a las previsiones contenidas en el párrafo 2º del artículo 96 CC.

Puede suceder que los progenitores estén de acuerdo con el sistema de custodia compartida y que disientan en cuanto a la medida del derecho de uso de la vivienda familiar, o también puede existir disconformidad. Por tanto, será el Juez quien resuelva lo procedente sobre el uso de la vivienda familiar.

En el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se aprobó entre sus conclusiones, una, la referida a la incidencia de la guarda y custodia en el uso de la vivienda familiar: 4.2. *Que se procure evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 CC, y que se apliquen a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro.*

Dicho lo anterior, el Juez deberá tener en consideración que el criterio más relevante para la atribución de la vivienda familiar está en asegurar el interés familiar más necesitado de protección. Así pues, habrá que estar a lo prevenido en el párrafo tercero del artículo 96 CC.

Se deberá atender al interés más necesitado de protección, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, que pueden ser muy variadas, tanto profesionales como de tipo social: situación económica y patrimonial de cada uno de los progenitores, carencia de bienes, trabajo estable, estado de salud, edad, titularidad de otras viviendas que

permitan cubrir las necesidades de alejamiento, e, incluso, la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges.

En esta modalidad lo recomendable será fijar la atribución del uso con carácter temporal y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción de condominio, por un plazo máximo¹²⁶.

Una segunda posibilidad es el uso no sea atribuido en exclusiva a uno de los cónyuges, sino que se divida entre ambos; consiste en atribuir, a cada cónyuge, la facultad de uso de una parte de la vivienda familiar, de forma que ambos puedan seguir ocupándola de forma parcial y simultánea.

Por lo que se refiere a su aplicabilidad en el proceso matrimonial, nos encontramos con la falta de toda referencia legislativa.

Otra forma de regular el uso de la vivienda familiar, es que sean los padres los que se trasladen alternativamente de domicilio para ocuparse de los hijos comunes¹²⁷.

¹²⁶ La SAP Barcelona, Sec. 12.ª, 586/2013, de 24 de julio (Ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón), en su fundamento jurídico 4º atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre, se fija por un periodo de 5 años desde el dictado de la sentencia, transcurrido el cual cesará su utilización.

La SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 399/2013, de 23 de julio (Ponente: D. Julián Carlos Arque Bescos), en el supuesto concreto el Juez tiene en cuenta la edad de los menores y la necesidad de que por lo menos durante algún tiempo no se alteren los hábitos y costumbre cotidianas y de aquellos en beneficio de su desarrollo y estabilidad; entiende que procede limitar el uso del domicilio familiar durante 4 años desde que se dictó la Sentencia.

El legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda.

¹²⁷ *El Juzgado de 1.ª Instancia Gijón, n.º 8, de 22 de junio de 2010, acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos.*

La SAP Alicante, Sec. 4.ª, 389/2012, de 27 de septiembre (Ponente: D. Manuel Benigno Florez Menéndez) concede la custodia compartida de los hijos menores, teniendo los padres que

Los padres se alternarán en el cuidado de los menores trasladándose al domicilio que fue el familiar para tal finalidad. Con esta medida, se está haciendo un reparto equitativo del bien material que suele ser el más valioso de las familias: la vivienda familiar.

Finalmente, puede darse la opción de compra, la vivienda se pone a la venta, permitiendo, mientras se hace efectiva la venta, la utilización del inmueble por el cónyuge más necesitado de protección. O bien, que uno de los cónyuges decida comprar la parte de vivienda que pertenece al otro, y hacer suya la propiedad de la vivienda.

Hasta que no se lleve a cabo la venta, y en el caso en el que la vivienda este gravada con un préstamo hipotecario, este será satisfecho por ambos cónyuges a partes iguales, o por uno de ellos de manera integra con el correspondiente derecho de reembolso.

alternar la convivencia en la vivienda por periodos semanales hasta que se venda y siendo dicha modalidad, propuesta por el perito.

XII. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. MODIFICACIÓN A POSTERIORI DE LA MEDIDA DE CUSTODIA COMPARTIDA

1. Consideraciones generales

Como punto de partida, es conveniente señalar que, en situaciones de crisis matrimonial, la regulación de las medidas relativas al cuidado de los hijos ha de estar presidida por el principio del *favor filii*, en el sentido de tener que atender prioritariamente al beneficio e interés de los hijos menores por encima de los intereses de sus progenitores¹²⁸.

Esta circunstancia sin duda es la que debe imperar ante una solución de cambio de custodia compartida puesto que al final, el interés prioritario es el de los menores.

Siendo una consecuencia relevante del principio del *favor filii* que las medidas que afectan a los hijos menores de edad y que derivan de un proceso de índole matrimonial o familiar pueden y deben ser acordadas a los principios dispositivos y de rogación, característicos del proceso civil¹²⁹.

En efecto, en función del interés del menor, si por el transcurso del tiempo surgen hechos nuevos que merecen una alteración, la medida deberá ser modificada¹³⁰.

El art. 91 del Código Civil (así como el art 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) establece que las medidas a que se refieren y explicitan los preceptos siguientes y el art. 90 del mismo texto legal, acordadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, pueden ser modificadas con posterioridad, a tenor del carácter temporal de las mismas, pero para que ello se produzca debe concurrir un presupuesto fundamental,

¹²⁸ El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 257/2013, de 29 de abril (ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), establece que entre los requisitos y criterios para atribuir la guarda y custodia compartida ha de primar el sistema que mejor se adapte al menor y a su interés, no al de sus progenitores.

¹²⁹ Sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra, de 27 de junio de 2013 (ponente: D. Francisco Javier Valdés Garrido).

¹³⁰ Artículo 91 del Código Civil in fine: *Estas medidas podrán ser modificables cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.*

mencionado en los dos artículos citados, un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de determinados acuerdos o determinación judicial, cambio que además de existir ha de tener relevancia y trascendencia en el contexto de las relaciones.

Pero tal variación viene condicionada por una alteración sustancial de las circunstancias¹³¹ que se tuvieron en cuenta por el juzgador al dictar el pronunciamiento, de tal manera, que se debe probar la existencia de una alteración sustancial y significativa de las circunstancias.

Ante tal extremo se manifiesta la Audiencia Provincial de Málaga cuando declara que para que haya una modificación *a posteriori* de las medidas acordadas en sentencia o en convenio regulador sobre la guarda y custodia de los menores, es menester que concurra un presupuesto fundamental, un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de determinados acuerdos o determinación judicial, mutación que además de existir debe tener relevancia y significación en el contexto de las relaciones y ha de ser sometida a consideración según lo que la experiencia haya demostrado durante el periodo de vigencia de las medidas cuyo cambio se pretende, siendo verdad que significan una quiebra de la llamada "santidad" de la cosa juzgada, al permitir la modificación de las decisiones judiciales en el punto relativo a los efectos de medidas económicas, personales y familiares dimanante de la situación de crisis matrimonial o como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho, pero tal variación viene condicionada por una alteración "sustancial" de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por el juzgador al dictar el último de los pronunciamientos acerca de esta materia.

De forma que sólo podrá tener éxito la pretensión del cambio cuando se produzcan alteraciones permanentes, y no meramente transitorias; pero además, será necesario cumplir con el artículo 92 CC.

¹³¹ En multitud de ocasiones la medida de custodia compartida adoptada de mutuo acuerdo o judicialmente se establece teniendo en cuenta unas circunstancias fácticas determinantes y que justifican su adopción y establecimiento (laborables, domiciliarias, edad de los menores, relaciones personales, etc.), elementos que pueden variar a posteriori.

En concreto, el elemento básico que tenemos que tener en consideración para pretender una modificación es el término legal “sustancial”, cuya interpretación debe realizarse de acuerdo con los siguientes parámetros¹³²:

Que por alteración “sustancial” debemos considerar aquellas de notoria entidad, con importancia suficiente para producir una modificación de lo convenido o de lo acordado, judicialmente.

Que tales cambios o alteraciones sean imprevistos, de modo que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.

Que tales alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo y no obedezcan a una situación de transito, excluyéndose toda forma de temporalidad.

Que tengan por finalidad conseguir el mayor de los equilibrios en las prestaciones para con los hijos, no penalizándose, en todo caso, futuros matrimonios, a los que tienen indudable derecho los progenitores que lo deseen contraer, o la concepción de nuevos hijos, dentro o fuera del matrimonio, equilibrándose, si fuera el caso, las prestaciones que se deben para todos los hijos, por partes iguales, anteriores y posteriores a la situación de crisis matrimonial anterior.

Que es indiferente que la situación anterior haya sido convenida mediante acuerdo de voluntades plasmada en convenio regulador de la separación o del divorcio, o bien impuesta judicialmente, porque de lo que se trata es de valorar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de la situación.

Que los hechos en los que se basa la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que dictó las medidas, lo que resulta obvio ya que los hechos anteriores a la sentencia ya fueron tenidos en cuenta por el Juez de instancia al dictar sentencia.

¹³² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao (Familia), procedimiento 507/07, de 26 de octubre (Ponente: Dª Aner Uriarte Codón).

Que en dichos cambios no puede perderse de vista que cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el superior principio del *bonum filii*. Así lo consagra, en el marco de las normas fundamentales inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 39 de la Constitución, lo que, a nivel de legalidad ordinaria, es desarrollado por los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero 1996, en cuanto proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como la supremacía del mismo en cuanto pauta de actuación de los poderes públicos. Con carácter más concreto, los arts. 91 y 92 del Código Civil disponen que, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio de sus progenitores, las medidas judiciales serán adoptadas en beneficio de ellos.

Por último, la existencia de una modificación radical de las circunstancias ha de ser probada por quien solicita el establecimiento de nuevas medidas. En efecto, la alteración de las circunstancias debe de ser plenamente acreditada como real, descartando toda ficción, por imponerlo así la seguridad jurídica, puesto que supone dejar sin efecto en alguna medida lo acordado en una resolución judicial firme y ejecutoria. De este modo, toda la fuerza argumentativa debe concentrarse en mostrar la alteración sustancial y significativa de las circunstancias o los eventos nuevos no eludibles, utilizando para ello todos los medios de prueba admitidos en derecho, recayendo conforme al art. 217 de la ley procesal, la carga de la prueba sobre el cónyuge que solicita la modificación, debiendo además tenerse en cuenta que la actividad probatoria ha de dirigirse tanto al momento en que concurrían las circunstancias existentes cuando se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende, como al momento actual, a fin de valorar si existe o no cambio en las mismas.

2. Modificación de la medida de guarda y custodia compartida adoptada en convenio regulador

En los supuestos en los que se pretende una modificación por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en convenio regulador, se ha de ser especialmente exigente en cuanto a la probanza de tal alteración, ya que, en caso contrario, se está fomentando el que se firmen convenios con la plena seguridad de que, más tarde, fácilmente se lograra modificarlos.

En estos casos, el cauce procesal y sustantivo son los artículos 90 CC, penúltimo párrafo, y 775 LEC.

El sentido de la modificación, lógicamente, podrá ser en ambas direcciones:

A. Puede solicitarse pasar de una custodia compartida adoptada en convenio a una exclusiva, tratando de probar el fracaso de aquella.

- a) Mantienen la custodia compartida acordada en convenio en la AP Ciudad Real, Sec. 2.^a, 177/2013, de 15 de julio¹³³ (Ponente: D^a. Carmen Pilar Catalán Martín De Bernardo) por entender que no hay prueba de que le cause perjuicio a la menor sino por el contrario resulta idónea; así como la AP Barcelona, Sec. 12.^a, 228/2013, de 21 de marzo¹³⁴ (Ponente:

¹³³ “Se solicita mediante el presente recurso que la sentencia sea revocada en el sentido de acoger las peticiones de la demanda reconvenional, siendo su petición principal el cambio del régimen de custodia que ambos progenitores acordaron libremente mediante Convenio Regulador. Para acceder a dicha petición, como modificación de una medida, sería necesario acreditar un cambio sustancial en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, y máxime cuando hablamos de Convenio Regulador, como expresión de unas voluntades libres y expresamente manifestadas y en todo caso y tratándose del bienestar de una menor, que se acreditara que la guarda y custodia compartida está causando un perjuicio en dicha menor, lo que no solo no se ha acreditado, sino que la prueba practicada en la persona de Dña. Eugenia, ha acreditado la idoneidad de dicha medida, medida que se ha de mantener, como bien dice la Juzgadora, siempre que la madre resida en el municipio de Valdepeñas. Se solicitaba igualmente en la reconvenición, como consecuencias lógicas del cambio de la guarda y custodia, que se fijara un régimen de visitas a favor de la madre, así como la obligación de esta de prestar una pensión de alimentos, mas atendiendo, a que dichas peticiones serían procedentes tan solo en el caso de que hubiera prosperado la petición principal, al no haberse modificado la guarda y custodia compartida, tampoco procede modificaciones en los aspectos indicados.”

¹³⁴ En su Fundamento Jurídico 2º expresa: “En el desarrollo posterior del sistema de guarda compartida se han producido algunos desencuentros cuya causa y gravedad no han quedado acreditadas, ni tampoco justifican un cambio en el sistema.

El hecho de que el abuelo paterno recoja al niño del colegio por cuanto el padre sale de trabajar a las 18.00 horas es un hecho que, tal como refleja la sentencia recurrida, ya se daba anteriormente. También la madre como conductora de ambulancias tiene regularmente guardias de 24 horas en las que el niño ha de estar con otras personas. El hecho de que el abuelo lleve al niño con él a un bar tampoco es un hecho que pueda ser calificado de grave,

D. José Pascual Ortuño Muñoz), en el sentido de que el informe de Ministerio Fiscal manifiesta que las alteraciones alegadas no justifican el cambio en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, acordada por los progenitores en el Convenio.

- b) Mantiene la custodia compartida acordada por los progenitores y que vienen desarrollando sin incidencias desde 2009, ya que no se acredita ningún interés más favorable para los menores que justifica la alteración. SAP de Barcelona, Sección 12ª, 469/2013, de 20 de junio (Ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón)

B. Puede solicitarse el paso de una custodia exclusiva adoptada inicialmente en convenio regulador a una compartida, con carácter principal o subsidiario.

- a) El TSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 17/2013, de 13 de marzo (Ponente: Dª Carmen Samames Ara) justifica el cambio de custodia de la materna exclusiva a un régimen compartido, en el avance de edad de la menor, de 10 a 14 años.

puesto que no se han alegado incidentes de ninguna naturaleza. En una gran mayoría de visitas intersemanales de padres o madres que no tienen la custodia, es este tipo de establecimientos el que se utiliza para estar con los hijos. Tampoco un error de diagnóstico médico de una lesión del menor puede justificar la apreciación de una conflictividad que ponga en riesgo al menor ni que justifique el cambio del sistema que se pactó en el primitivo convenio que ambos litigantes consensuaron en el momento de la separación, sin perjuicio de que si han surgido problemas de entendimiento las dos partes deben procurar la ayuda profesional necesaria para planificar el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales, con la previsión de los mecanismos idóneos para dar solución a las diferencias que puedan surgir, sin necesidad de recabar para cada problema que surja el cambio de custodia ni la decisión dirimente de los tribunales.

Dicho lo anterior, y tal como ha puesto de relieve el informe del Ministerio Fiscal, respecto al régimen de ejercicio de la guarda y custodia, las alteraciones de las circunstancias que la parte recurrente alega carecen de la entidad suficiente para fundamentar la modificación, por sentencia, de las medidas que, en este ámbito, vienen establecidas. ...”.

- b) La AP Lleida, Sec. 2.^a, 7/2013, de 4 de enero¹³⁵ (ponente: D. Alberto Guilaña Foix) rechaza el cambio de custodia, por entender que no ha quedado acreditado que el cambio en el régimen de custodia sea mejor para el interés del menor ni la existencia de una verdadera variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para fijarlo, sólo se alega el cambio normativo.

3. Modificación de la medida de guarda y custodia compartida adoptada en convenio regulador

En este supuesto, el cauce sustantivo y procesal lo encontraremos en los artículos 91 *in fine* CC y 775 LEC.

Nuevamente, el sentido de la modificación podrá ser en ambas direcciones:

- A. Lo habitual será intentar pasar de una custodia compartida a una custodia exclusiva, tratando de demostrar que aquella ha fracasado.

¹³⁵ En su Fundamento Jurídico 2º, dice: "Por lo tanto todo y siendo cierto el cambio legislativo producido, ello debe de conectarse con la jurisprudencia señalada y con la reiterada jurisprudencia existente también al respecto de la modificación de medidas acordadas en sentencia definitiva y que determina que la modificación únicamente podrá tener lugar cuando se sustente en la aparición de hechos o situaciones nuevas, imprevistas, o que no fueron tenidas en cuenta al establecer la medida cuya revisión se insta, y ha de tratarse de una alteración trascendente, de relativa importancia que, además, resulte ajena a la voluntad de las partes, y que revista un cierto grado de permanencia y duración en el tiempo, no transitoria ni meramente coyuntural. Y en todo caso la pretensión de modificación está condicionada a la cumplida acreditación por parte de quien demanda (art. 217-3 de la LEC) de que la alteración, con los requisitos dichos, ha tenido lugar, generando una verdadera variación de la situación persistente al tiempo de adoptar la medida que se quiere modificar. Nada de esto sucede en el caso de autos en que lo único que se alega es un cambio legislativo que no resulta determinante como hemos argumentado, y que el apelante tiene más hijos de otra relación, lo que si bien podría incidir en el régimen de relación de los hermanos, no tienen por qué tener ninguna incidencia en el régimen de custodia. Falta pues, no solo la acreditación de que para el interés del hijo resulte mejor el cambio de custodia sino la existencia de una verdadera variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta, variación que debe de tener el carácter de trascendente y permanente."

- a) La Sentencia de la AP Madrid, Sec. 24.^a, 607/2013, de 1 de julio¹³⁶ (Ponente: D^a. María Josefa Ruiz Marín) desestima la custodia compartida manteniéndose a favor de la madre en interés del menor, al no haberse producido cambio en las circunstancias objetivas requeridas para ello desde el auto de medidas.
- b) La Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 94/2010, de 11 de marzo¹³⁷ (ponente: D^a. Encarnación Roca Trias)

¹³⁶ En su Fundamento Jurídico 4º expresa: "Igualmente importante recordar que el Tribunal Supremo ha manifestado en la atribución en este caso de la guarda y custodia compartida, permite al juez una amplia facultad para decidir cuál es la solución más adecuada vista las pruebas que obran en su poder, valorando las alegaciones de las partes de las practicadas la relación de los padres con sus hijos para determinar la idoneidad de la guarda.

Y debiendo tener muy en cuenta que la medida de una guarda y custodia compartida debe ser acordada siempre en interés del menor, basada en razones objetivas, la importancia de los informes al efecto practicado por los servicios psicosociales y el informe del Ministerio Fiscal, si valorable y desaconsejando esta opción cuando hiciere una conflictividad extrema siempre que no encuentra el interés del menor porque evidentemente no puede extremarse y depender el otorgamiento de ello a una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial.

La situación de autos concreta, se remite a esta Sala, en modo alguno puede entender que se aduzca y la realidad fáctica estas condiciones o situaciones que deben converger para establecer una custodia compartida.

La atribución que se efectuó de la guarda y custodia la madre en la propia resolución inicialmente la estableció, partía para su establecimiento a favor de la progenitora femenina.

Por lo que en base a lo anterior no procede la modificación de la guarda y custodia y procede mantener en favor de la progenitora femenina por ser la opción más beneficiosa en el momento evolutivo del menor y la situación de autos para este, no actualizándose una situación adecuada para el establecimiento de esa opción."

¹³⁷ En su Fundamento Jurídico 2º establece:

"... El recurso denuncia la infracción art. 92.8 CC, al amparo del art. 481.3 LEC, por tratarse de una norma de menos de 5 años de vigencia. Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una "coparentalidad" de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta

mantiene la custodia compartida de primera Instancia, proponiendo el Ministerio Fiscal la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor, pues no se enumeran los efectos positivos de la guarda unilateral.

no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores. Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.

El motivo se estima.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 , "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" , criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable. ..."

- B. Resulta difícil pasar de una custodia exclusiva a una compartida, pues será necesario probar tanto el cambio de circunstancias como la concurrencia de los requisitos del artículo 92 CC.

En sentido la AP de Asturias, Gijón, Sección 7ª, 282/2013, de 24 de junio (Ponente: D. Rafael Martín del peso García), entiende que la modificación del régimen de custodia exclusiva al compartido resulta beneficioso en la actualidad a la vista del nuevo informe practicado en segunda instancia. El informe valora positivamente la evolución de los menores en relación con sus progenitores, afirma que dicha relación debe profundizar y señala la repercusión favorable y positiva que a su juicio supondría la posibilidad de que la guarda y custodia fuese compartida.

XIII. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL¹³⁸

Este Anteproyecto¹³⁹ supone un avance sobre la actual ley 15/2005 del divorcio, con el que se adapta la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a las transformaciones que ha sufrido la sociedad española.

El aspecto más destacado del Anteproyecto, es que elimina la excepcionalidad¹⁴⁰ con la que hasta ahora se regularizaba la custodia compartida. Sin embargo, a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.

El objetivo principal, no será otro, sino el de conseguir un sistema legal sin las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del texto actual. Uno de los aspectos a los que el legislador del Anteproyecto le confiere mayor preeminencia es al régimen de custodia compartida, lo que intenta propiciar es que se constituya como un modelo normal y ordinario. Para ello se propone reformar el artículo 92 del Código civil e introducir un artículo 92 bis.

La redacción dada por el número ocho del artículo 92 del Código Civil consagró un régimen excepcional de custodia compartida, salvo que mediase acuerdo entre los

¹³⁸ ANTECEDENTES: Con fecha de 31 de julio de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio. En Anteproyecto fue remitido por la Secretaria de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del precepto informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 LOPJ.

¹³⁹ El informe al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio aprobado por unanimidad en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial afirma que la reforma propuesta por el Ministerio de Justicia puede originar situaciones problemáticas y difícilmente pueden revertir en interés de los hijos o servir para que los padres desempeñen de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia.

¹⁴⁰ En la actualidad, esta posibilidad tiene un carácter excepcional según la regulación que le otorga el vigente artículo 92.8 del Código Civil.

cónyuges, al establecer, como requisitos, el informe favorable del Ministerio Fiscal y que dicha opción sea la única que satisfaga el interés superior del menor. Por su parte el número 5 del mismo artículo, posibilita la custodia compartida siempre se de la petición conjunta por ambos progenitores, y si la pide uno solo (párrafo 8), el Juez deberá considerar, si a la vista de los informes exigidos, es el sistema de guarda más adecuado.

Este Anteproyecto establece que será el Juez el que determine la forma de guarda y custodia más conveniente en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar.

“A partir de ahora, siempre actuando en interés del menor¹⁴¹, el Juez, incluso en contra de la voluntad de los progenitores, podrá acordar la custodia compartida si lo estima conveniente”, ha explicado RUIZ GALLADON.

Así pues, si el Juez lo considera conveniente, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no medie consentimiento, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí, podrá acordarla. Ya no será necesario, para que se adopte el modelo de custodia compartida, que uno de los progenitores lo interese¹⁴².

Pero la reforma propuesta puede originar situaciones problemáticas, difícilmente puede revertir en interés de los hijos ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia. Y es que el otorgamiento de oficio de ese modelo de custodia, cuando ninguno de los padres lo solicita, puede avocar o agudizar las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la

¹⁴¹ El ministro de Justicia, D. Alberto Ruiz Gallardón, ha destacado que le interés del menor es el bien jurídico que pasa a ser determinante en la adopción de todas las decisiones que le afecten. “No será válido en ningún caso, aunque este consentido y acordado por las partes, un acuerdo que resuelva una situación de conflicto si, a juicio del juez, se actúa en contra del interés del menor”, ha dicho.

¹⁴² La modificación transcrita no se acompasa con la doctrina jurisprudencial recogida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2013 (Resolución número 257/2013, ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), la cual, exige que al menor alguno de los padres solicite la aplicación de la referida modalidad.

ruptura de convivencia en aspectos tan trascendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos.

No puede olvidarse que precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges, de los hijos o del interés familiar más necesitado de protección, la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes.

Para determinar el régimen de custodia compartida, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y es que además ha de tener en cuenta los siguientes aspectos relevantes para la concesión de la custodia: la edad, opinión, arraigo social, familiar y escolar del menor; el tipo de relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; las aptitudes, voluntad e implicación de los progenitores para sumir los deberes y respetar los derechos del otro, así como la predisposición a cooperar para garantizar la relación con ambos progenitores; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la ubicación de las residencias habituales de los padres, las estructuras de apoyo a los respectivos ámbitos de los padres; el número de hijos; y en definitiva, cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos, que sea de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Por otra parte, el Juez además oír a los menores que tengan suficientes juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorara las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

El Anteproyecto lleva a cabo una importante reforma del régimen jurídico vigente, acerca de las prohibiciones de guarda y custodia.

En este sentido, manifiesta que no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, individual o compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la

liberta e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se le atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual, ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

XIV. CONCLUSIONES

Este trabajo desarrolla el estudio de la custodia compartida a partir de los ejes sobre los cuales la Ley 15/2005 la ha introducido positivamente.

En definitiva, la actual reforma persigue ampliar el ámbito de actuación de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución del matrimonio y proponer las medidas que vayan a regular los efectos derivados de la misma, entre ellas, la custodia compartida de los hijos menores.

De ser esta la realidad social, hay que admitirla en el caso por caso, y romper la inercia de pedir y atribuir cerrados sistemas de relación o visitas, repetidos hasta la saciedad en unos y otros casos, como si todas las relaciones paternofiliales fueran idénticas.

Ambos progenitores tienen el deber y el derecho a relacionarse con sus hijos el máximo de tiempo posible, y que ambos deben contribuir a su cuidado y mantenimiento.

No olvidemos el espíritu de la reforma al incluir la corresponsabilidad parental en la exposición de motivos:

Así pues, cualquier medida que interponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Y es que, sin duda alguna, la razón legislativa de semejante regulación se asienta, como hemos visto a lo largo del trabajo, en los principios del interés superior del menor y corresponsabilidad de los padres, sin embargo, desde el punto de vista práctico, la guardia y custodia compartida no resultará fácil, sino hay una voluntad de cordialidad y buen entendimiento entre los cónyuges.

Si bien el artículo 92 introdujo la custodia compartida, esta reforma fue tan cautelosa que en la práctica ha supuesto un retroceso respecto a la previa doctrina del Tribunal Constitucional que permitía al juez establecer esta medida de oficio.

La introducción de la guarda y custodia compartida se basa en la continuación de relaciones afectivas armónicas y proporcionadas entre padres e hijos no obstante la ruptura matrimonial.

La concepción de este sistema gira en torno a un mayor grado de implicación del cónyuge no conviviente en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos, con una participación mucho más activa que la que hasta ahora se contempla, no limitándose a ser mero receptor pasivo de los hijos en el domicilio propio los fines de semana alternos y los periodos vacacionales.

La custodia compartida no comporta una igualdad cuantitativa de los lapsos de convivencia sino que pone fin a la situación en virtud de la cual uno de los progenitores permanece involucrado en la vida del hijo y el otro totalmente ajeno. Como hemos visto, las modalidades de custodia compartida son ilimitadas, y es que en la práctica cada familia tiene una realidad distinta, por lo que el reparto resultante habrá de estar sujeto a las características propias y concretas de cada familia.

Al respecto, creo que habría que estudiarse exhaustivamente cada familia, progenitor e hijo, con sus particulares características.

La forma más aconsejable de atribución siempre es, en proceso de mutuo acuerdo, el convenio regulador, pues lógicamente solo las partes conocen el impacto que sobre la custodia compartida tendrán sus propias circunstancias personales y familiares, así como la mejor manera de modularlas.

Contrariamente, en vía contenciosa y a solicitud de una única parte, le compete al juzgado indagar y valorar las circunstancias que rodean cada caso, contando con las alegaciones de las partes, la exploración del menor, los informes de especialistas, así como con los antecedentes concretos para, en definitiva, poder decidir lo mejor en beneficio del menor. Decir cabe que la posibilidad de adopción de este régimen compartido a petición de uno solo de los cónyuges es absolutamente excepcional.

En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida para el menor. No

puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que limitar la condición decisoria del Juez supondría una inconstitucionalidad.

En todo caso, el beneficio del interés de los hijos es un principio que preside en la materia. Muchas veces no resulta fácil determinar con claridad donde radica ese interés, sin embargo, es muy importante destacar la absoluta prevalencia del interés de los hijos sobre el de los progenitores.

Cualquier medida sobre la guarda de los hijos debe acordarse respetando el derecho de los menores a ser oídos, conocer su voluntad y deseo. Este derecho existe siempre que dichos menores tengan suficiente juicio, cuando el Juez lo estime necesario, de oficio, a petición del Fiscal, las partes o el Equipo Técnico Judicial, o incluso a petición del propio menor.

Por otro lado, la opinión expresada por los niños en la exploración judicial es relevante, aunque no vincula directamente al juez y debe interpretarse de conformidad con el resto de pruebas practicadas, sin negarle transcendencia, sobre todo atendiendo a la edad y el grado de madurez de los hijos.

Por otro lado el artículo 92.7 del CC, que regula los casos en que la custodia compartida no podrá ser adoptada por el Juez, necesita también ser reformado, pues dada su redacción actual se estaría violando el principio constitucional de inocencia, al excluir al progenitores que se encuentre “incurso” en un proceso penal por intentar en contra la vida, integridad física o moral, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, de la posibilidad que se le otorgue la custodia compartida o, en su caso, la exclusiva. La reforma de este artículo debe ir en el sentido de exigir que exista una sentencia condenatoria firme en el proceso penal en el cual haya sido imputado cualquiera de los progenitores y, con base en ello, excluirlo del ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos.

En Derecho de familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para el menor, en otras puede tener resultados perjudiciales. A lo largo del tiempo han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han sentido una serie de factores que pueden determinar el funcionamiento de la custodia compartida. No existe un *numerus clausus*, pero en este trabajo hemos querido dar relevancia a los que, desde nuestro parecer, son los más destacados.

La custodia compartida requiere la existencia de una situación previa en que los progenitores hayan colaborado por partes iguales en la crianza del hijo. El éxito del funcionamiento de la custodia compartida depende, en gran medida, de la confianza que cada progenitor deposite en las capacidades parentales del otro, la cooperación y comunicación entre los padres, la “ausencia” de conflicto entre ellos, la voluntad del menor, la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicárselo a los hijos, así como la proximidad geográfica de los domicilio son factores que, desde mi punto de vista, han de tenerse en cuenta.

No debe exigirse la ausencia de conflictividad entre los progenitores a la hora de ejercer la guarda y custodia compartida de los hijos, como ya hemos visto, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar el régimen de guarda.

Un punto importante a destacar son las legislaciones aragonesas, catalana, valenciana y navarra que regulan el sistema de custodia compartida a nivel autonómico.

Durante el transcurso del año 2010 y el año 2011 se han aprobado cuatro leyes autonómicas en las que se regula el sistema de custodia compartida.

La normativa Foral Aragonesa, con lo dispuesto en el Art. 80.2, transforma el carácter excepcional que tiene la custodia compartida en el art. 92.8 del CC cuando no resulta de un acuerdo entre los progenitores y, en su lugar, la establece como un sistema preferente de custodia. Para lograr el objetivo, el legislador aragonés dota al Juez de un amplio margen de decisión para poder adoptar el sistema de custodia compartida sin restricciones, sin estar determinador por la voluntad de los progenitores, ni del parecer favorable del Ministerio Fiscal.

La Ley Catalana, no se establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, pero la redacción de sus preceptos se deduce la preceptividad de su adopción, así, adopta un modelo que corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentabilidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación.

La Ley Foral 3/2011, presenta un modelo de custodia compartida en un plano de equidad, permitiendo que sea el Juez el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso. La prioridad es el interés de los hijos y se intenta conciliar las querencias de los padres.

Por último, la Ley Valenciana 5/2011, da prioridad al acuerdo entre los padres a través de un pacto de convivencia familiar regulador en el art. 4.1 y 2. Si el acuerdo no es posible se adopta el principio general de custodia compartida.

Otro aspecto a destacar es el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio adapta las relaciones paterno-filiales a la sociedad actual.

El texto modifica el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil. Esta futura reforma equipara la custodia compartida a la monoparental en los casos de separación o divorcio.

Será el Juez el que determine qué forma de guarda y custodia es la más conveniente en cada caso atendiendo al interés superior del menor. Hasta ahora, la ley sólo contempla la custodia compartida si existe acuerdo entre los padres o, 'excepcionalmente', si lo reclama uno de ellos y existe un informe fiscal favorable, algo que, en la práctica, ataba de manos a los jueces y contra lo que ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

Para concluir mi trabajo, pasaré a esbozar algunas de las ventajas que la custodia compartida comporta:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;
- Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.;
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan

situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

- Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo además con ello una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;
- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;
- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija, que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

XV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tributaria, Editorial La Ley
- CASTILLA BAREA, Margarita, “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/2010 Sección Estudio, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2010 (BIB 2010/1563)
- GARCIA GARNICA, María del Carmen, *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- GODOY MORENO, Amparo: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en *Abogados de Familia*, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley.
- GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, en *Diario La Ley*, de 29 de diciembre de 2010, número 7537, año XXXI, Editorial La Ley.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILLARTE GUTIÉRRES, Vicente y otros: *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio*, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España 2005.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “La Custodia Compartida Alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, número 2, abril 2008, Barcelona.
- HERNANDO REMOS, Susana: “El informe del ministerio fiscal en la guarda y custodia compartida”, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2019, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial Le Ley.
- IVARS RUIZ, Joaquín. “Del por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrario a la *favor filii*”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 796, 15 de abril de 2012, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010

- IVARS RUÍZ, Joaquín. *Guarda y custodia compartida: aspecto procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Segunda Edición, Editorial Lo Blanch, Valencia, España, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Quinta Edición, Madrid, 2006.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. “Custodia compartida y corresponsabilidad parental, aproximaciones jurídicas y sociológicas”, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley.
- LINACERO DE LA FUENTE, “Leyes de Familia y Constitución. Ley 13/2005, de 1 de julio y la Ley 15/2005, 8 de julio”, *Revista de Derecho Privado* (enero-febrero 2006).
- NAVARRO FAJARDO, J., *El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*, BIMJ, año XXXIII, número 1189.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de otorgar la Guarda y Custodia de los hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Igualdad efectiva entre mujeres y hombre, diagnostico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- PÉREZ MAYOR, Adrián “La Entelequia de la Custodia Compartida o Alterna en los Procedimientos Contenciosos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3, julio-septiembre de 2007, La Ley, Barcelona.
- PEREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial Le Ley.
- PEREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, “Patria potestad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*. Editorial Sepín, Madrid 2005.

- PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La Custodia Compartida*, primera edición Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2009.
- RODRIGUEZ; “Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia” *Revista Futuros*, nº9, vol. III, 2005.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La guarda y custodia compartida: Análisis y problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial Le Ley.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores” BIB 2011/1141. Publicación: *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 825/2011.
- SALBERG en RODRIGUEZ: “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia” *Revista Futuros*, nº1, 2005.
- TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- YÁROZ YABEN, Sagrario, “Coparentalidad y adaptación al Divorcio de los progenitores” ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: *¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentabilidad en benéfico del menor*, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2001 en la Universidad del País Vasco.
- ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y custodia compartida de los hijos*, Editorial Bosch, S.A., septiembre de 1996.
- ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Revista Sepín*, Persona y Familia, número 45, junio 2005.
- ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la persona. Tomo IV. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*. Editorial Bosch S.A., Barcelona, octubre 2007.

XVI. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Aranzadi Online. Servicio jurídico en línea de la Editorial Aranzadi. Acceso a legislación, jurisprudencia, doctrina y bibliografía: www.westlaw.es
- Boletín Oficial del Estado: www.boe.es
- Diario La Ley: www.diariolaley.es
- InDret, Revista para el análisis del Derecho: www.indret.com
- La Ley Digital. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación de la Editorial La Ley: www.laleydigital.es
- Sepín. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación de la Editorial Sepín: www.sepin.es

XVII. LEYES

- Código Civil
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000)
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derecho y deberes de los cónyuges
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, “sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.
- Ley Orgánica 14/2005, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE núm. 151, de 22 junio de 2010).

- Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Boletín Oficial de Navarra núm. 60, de 28 de marzo de 2011).

XVIII. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29/04/2013	257/2013	D. José Antonio Seijas Quintana
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11/03/2010	94/2010	Dª. Encarnación Roca Trias
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29/04/2013	257/2013	D. José Antonio Seijas Quintana
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 9/10/1981	356/1981	D. Jaime de Castro García
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22/07/2011	579/2011	Dª. Encarnación Roca Trias
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29/11/2013	757/2013	D. José Antonio Seijas Quintana
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 27/09/2011	641/2011	Dª Encarnación Rocas Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29/04/2012	261/2012	Dª Encarnación Rocas Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 10/01/2011	961/2011	D. Juan Antonio Xiol Rios
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 10/01/2011	961/2011	D. Juan Anronio Xiol Rios

Tribunal Superior de Justicia

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 13/03/2013	17/2013	Dª. Carmen Samames Ara
STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª., de 16/06/2011	27/2011	Dª María Eugenia Alegret Burgues
STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 30/04/2013	21/2013	D. Emilio Molins Garcia-Atance

Audiencias Provinciales

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
SAP de Albacete, Sección 1ª, de 01/12/2003	238/2003	D. Francisco Espinosa Serrano
SAP Alicante, Sección 4.ª, de 27/09/2012	389/2012	D. Manuel Benigno Florez Menéndez
SAP Alicante, Sección 4.ª, de 18/04/2013	155/2013	D. Manuel Benigno Florez Menéndez
SAP de Asturias, Gijón, Sección 7ª, de 24/06/2013	282/2013	D. Rafael Martín del peso García
SAP de Baleares, Sección 4.ª, de 02/07/2013	275/2013	D. Miguel Álvaro Artola Fernández
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 20/06/2013	469/2013	D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 01/10/2013	675/2013	D. José Pascual Ortuño Muñoz

SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 11/03/2013	150/2013	D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 14/03/2013	179/2013	D. Joaquín Bayo Delgado
SAP Barcelona, Sección 18.ª, de 20/02/2007	102/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 01/10/2013	675/2013	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 26/07/2013	602/2013	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 13/02/2013	109/2013	Dª Ana María Hortensia García Esquiús
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 08/02/2113	86/2013	D. Joaquín Bayo Delgado
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 29/06/2012	466/2012	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 24/07/2013	586/2013	D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 21/03/2013	228/2013	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 27/02/2013.	116/2013	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12/05/2009	304/2009	D. Pascual Martín Vila
SAP Cáceres, Sección 1ª, de 22/05/2013	128/2013	Dª María Teresa Vázquez Pizarro
SAP de Cáceres, Sección 1ª, 175/2013, de 26/06/2013	175/2013	Dª María Teresa Vázquez Pizarro
SAP de Castellón, Sección 2.ª, de 07/09/2012	135/2012	D. Rafael Juan Sanjose
SAP Ciudad Real, Sección 2.ª, de 15/07/2013	177/2013	Dª. Carmen Pilar Catalán Martín De Bernardo
SAP de Girona, Sección 1ª,	325/2012	D. Fernando Ferrero

de 27/07/2012		Hidalgo
SAP de Granada, Sección 3ª, de 30/05/2000	490/2000	D. Antonio Marcaró Lazcano
SAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 09/04/2002	126/2002	Dª María Ángeles Martínez Domínguez
SAP de Huelva, Sección 1ª, de 30/03/2007	52/2007	D. Francisco Bellido Soria
SAP Lleida, Sección 2ª, de 04/01/2013	7/2013	D. Alberto Guilaña Foix
SAP de Lugo, Sección 2ª, de 26/05/2005	188/2005	Dª María Luisa Sandar Picado
SAP Madrid, Sección 24ª, de 01/07/2013	607/2013	Dª. María Josefa Ruiz Marín
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 09/07/2004	452/2004	D. José Ángel Chamorro Valdés
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 12/02/2007	200/2007	Dª. Miriam de la Fuente Garcia
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9/07/2004	452/2004	D. José Ángel Chamorro Valdés
SAP de Madrid, Sección 9ª, de 22/07/2004	33/2003	D. Antonio Roma Álvarez
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 05/06/2013	563/2013	D. Eduardo Hijas Fernández
SAP de Málaga, Sección 6ª, de 30/06/2011	373/2011	D. Antonio Alcalá Navarro
SAP Málaga, Sección 6ª, de 27/03/2013	200/2013	D. Alejandro Martin Delgado
SAP Murcia, Cartagena, Sección 5ª, de 26/06/2012	240/2012	D. Miguel Ángel Larrosa Amante
SAP de Ourense. Sección 1ª, de 19/07/2012	319/2012	Dª. Ángela Irene Dominguez-Viguera Fernández

SAP de Palencia, Sección 1ª, de 10/02/1999	36/1999	D. Mauricio Bugidos San José
SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 21/09/2012	480/2012	D. Francisco Javier Menéndez Estébanez
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 27/06/2013	282/2013	D. Francisco Javier Valdés Garrido
SAP de Tarragona, Sección 1ª de 14/06/2013	225/2013	D. Antonio Carril Pan
SAP de Toledo, Sección 1ª, 174/2013, de 27/06/2013	174/2013	D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 02/02/2000	116/2000	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22/04/1999	379/1999	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22/04/1999	379/1999	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22/04/1999	379/1999	D. Vicente Ortega Lorca
SAP Zaragoza, Sección 2ª, de 23/07/2013	399/2013	D. Julián Carlos Arque Bescos

Juzgados de Primera Instancia

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
SJPI, número 4 de Bilbao, de 26/10/2007	507/2007	Dª. Aner Uriarte Codón
AJPI, número 8 de Gijón, de 22/06/2010	512/2010	D. Ángel Luis Campo Izquierdo

